Der Grundsatz der Ausfallshaftung im Konkurs- und Vergleichsverfahren.

INAUGURAL-DISSERTATION
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von
GUSTAV GRAUVOGEL
Gerichtsassessor aus Völklingen (Saar).

Approbiert am 24. 10. 1936.

1 9 3 7

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

1937/42

Dekan: Professor Dr. jur August Köhler.
Referent: Professor Dr. jur. Friedrich Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN.

INHALTS-VERZEICHNIS

§ 1: Einleitung
Der Grundsatz der Ausfallshaftung außerhalb des Konkurs- und Vergleichsverfahrens 1

1. Kapitel.

Der Grundsatz der Ausfallshaftung im Konkurs- und Vergleichsverfahren.

I. Die Ausfallsforderung im Konkurs (§ 64 KO)

§ 2: 1. Sinn und Zweck der Vorschrift 3

2. Die einzelnen Voraussetzungen.

§ 3: a) Bestehen des Vorzugsrechtes an einem Gegenstand der Konkursmasse. (Allg. Teil) 4

§ 4: b) Der Ausfallsgrundsatz bei der Sicherungsübereignung und dem Eigentumsvorbehalt (bes. Teil) . . . 6

§ 5: c) Massezugehörigkeit des Absonderungsgegenstandes im Zeitpunkt der Konkurseröffnung 12

§ 6: d) Vorhandensein einer Konkursforderung . . . 13

II. Die Ausfallsforderung im Vergleichs- und Zwangsvergleichsverfahren.

§ 7: 1. Im Vergleichsverfahren 15

§ 8: 2. Im Zwangsvergleichsverfahren 17

§ 9: III. Das Verhältnis des Grundsatzes der Ausfallshaftung zu dem der Doppelberücksichtigung (§ 68 KO.) 18

II. Kapitel.

§ 10: Die Ausweitung der Anwendungsmöglichkeit des Grundsatzes der Ausfallshaftung 21

§ 11: I. Die bisher vertretenen Anschauungen über eine entsprechende Anwendung des Ausfallsgrundsatzes.

1. Die Ansicht Mentzels 22

§ 12: 2. Die Ansicht von Kisch 23

§ 13: 3. Die Ansicht von Jaeger 25

§ 14: 4. Die Entscheidung des ehemaligen Saarländischen Gerichtshofs in Saarlouis vom 8. 11. 1932 (3 U. 152/32) . . . 26

§ 15: II. Kritische Stellungnahme zu den bisherigen Lösungsversuchen und 27

§ 16: Eigene Ansicht 34

§ 17: Anhang 38

§ 18: III. Rechtspolitische Erwägungen 40

III. Kapitel.

§ 19: Das Verfahren zur Geltendmachung der Ausfallsforderung 44
Die Entscheidung des ehemaligen Saarländischen Obersten Gerichtshofes in Saarlouis vom 8. Nov. 1932, Akt. Z.: 3 U. 152/32 (abgekürzt). 46

LITERATUR:

I. Kommentare:

Baumbach: Zivilprozeßordnung, 9. Aufl., München und Berlin 1934.
Biermann: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., Berlin 1914.
Bley: Vergleichsordnung, Berlin 1935.
Bleyer: Konkursordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., München und Leipzig 1928.
Eisold: Vergleichsordnung, 3. Aufl., Berlin 1931.
Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Berlin 1926.
Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 10. Aufl., Tübingen 1913.
Jaeger: Kommentar zur Reichskonkursordnung, 5. und 6./7. Aufl. Berlin 1914, 1916; Berlin und Leipzig 1931/1936.
Kiesow: Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, 4. Aufl., Mannheim 1932.
Lucas: Die neue Vergleichsordnung, Berlin 1927.
Mayer: Kommentar zur Vergleichsordnung, München 1928.
Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung, 4. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl., Berlin 1928/1929.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., Lahr 1900.
Planck: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.
Reichsgerichtsräte: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1934.
v. Sarwey-Bossert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., Berlin 1901.
Samolewitz: Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, 3. Aufl., Berlin 1933.
Sydow-Busch-Krieg: Konkursordnung, Vergleichsordnung und Anfechtungsgesetz, 16. Aufl., Berlin 1932.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1928/30.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., Tübingen 1934.
Warneyer: Konkursordnung, Berlin 1932.
v. Wilmowski, Kurlbaum-Kühne: Die Reichskonkursordnung, 6. Aufl., Berlin 1906.

II. Systematische Darstellungen und Lehrbücher:

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. und 9. Aufl., Berlin 1905.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Bearbeitg. Marburg 1932.
Gierke: Sachenrecht, Berlin 1928.
Jaeger: Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1932.
Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891.
— Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, 2. Aufl., Berlin 1903.
Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe, 1. Bd.: Die Gläubiger, Stuttgart 1891.

III. Monographien und Einzeldarstellungen:

Auerbach: Der Eigentumsvorbehalt vom Standpunkt des Einzelhandels in „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht", Berlin und Leipzig 1931, S. 58 ff.
— Mitteilungen der Industrie und Handelskammer, Berlin 1930, S. 749 ff.
Hanke: Verpfändung für fremde Schuld in DJZ. 1902, S. 367 ff.
Jaeger: Aus der Praxis der Aufsichtsverordnung in LZ. 1919, S. 1055.
Kisch: Erweiterungen des Absonderungsrechts im Konkurs in Judicium. 1933, S. 321 ff.
Rühl: Der Einfluß des Konkurses auf Vorbehaltsverkäufe mit Weiterveräußerungsermächtigung in LZ. 1931, S. 160 ff.
— Die Vergleichsordnung und der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt in Zschr. f. deutschen Zivilprpozeß, Bd. 56, S. 184.
— Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft. Abhandl. d. Berl. Jur. Fakultät, VI, 1930, S. 114 ff., 206 ff., 309 ff.
Wolff: Das Absonderungsrecht im Konkurs, Berlin 1892.

IV. Zeitschriften und Spruchsammlungen.:

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern = Bay. Z.
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts = KGBl.
Deutsche Juristen-Zeitung, Berlin = DJZ.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = RGZ.
Gruchot Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Berlin = Gruch.
Judicium, Vierteljahrsschrift für die gesamte Zivilrechtspflege = Judicium.
Juristische Wochenschrift Berlin = JW.
Konkurs- und Treuhandwesen, Berlin = Konk. Treuh.
Lepiziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, München = LZ.
Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts = Rspr.
Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand, Hannover = Recht.
Seuffert Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten = Seuff. Arch.
Warneyer Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts = Warn. Rspr.
Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung = Württ. Rpfl. Z.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Berlin = ZZP.

V. Materialien:

Hahn-(Hahn-Mugdan), die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 4 und 8 = Berlin 1881, 1898.

VI. Rechtsgutachten:

Mentzel, Rechtsgutachten in Sachen Banque Rurale gegen Haldy, Akt. Z. 3 U. 152/32, des ehemaligen Saarländischen Obersten Gerichtshofs (bisher nicht veröffentlicht).
Kisch, Rechtsgutachten in der gleichen Sache. (abgekürzt veröffentlicht in Judicium 1933 S. 321 ff.).
Jaeger, Rechtsgutachten in der gleichen Sache (bisher nicht veröffentlicht).

§ 1.

Einleitung:

DER GRUNDSATZ DER AUSFALLSHAFTUNG AUSSERHALB DES KONKURS- UND VERGLEICHSVERFAHRENS.

Dem Vollstreckungsanspruch des Gläubigers sind durch die Rechtsordnung die verschiedensten Grenzen gezogen, über die hinaus die staatliche Zwangsgewalt nicht zur Anwendung kommen darf[1]). Da die Rechtsordnung auf dem Zusammenleben der Volksgenossen, der Volksgemeinschaft, beruht, wäre es Rechtsmißbrauch, wenn der Berechtigte seinen Rechtsanspruch schonungslos durchsetzen würde bis zur Vernichtung der Existenz des Verpflichteten; am wenigsten darf der Staat ein solches gegen die Volksgemeinschaft verstoßendes Verhalten durch seine Zwangsmittel unterstützen. Der leitender Gedanke, der allen diesen Beschränkungen des Vollstreckungsrechtes zugrunde liegt, ist also der, daß ein Mißbrauch des staatlichen Zwanges vermieden werden soll. Als ein Mißbrauch des Anspruchs auf staatlichen Rechtsschutz erscheint es in erster Linie, wenn der mit dem Anspruch bezweckte Erfolg bereits auf anderem Wege erreicht worden ist, die erbetene Rechtsschutzhandlung also zu einer doppelten Beeinträchtigung des Schuldners führen müßte. Es ist der Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses, der nicht nur bei dem Rechtsschutzanspruch auf Urteil, sondern auch bei dem Vollstreckungsanspruch hervortreten kann.

Die einzige Schranke zur Verhütung der letztgenannten doppelten Inanspruchnahme des Schuldners ist für die Einzelvollstreckung die im Anklang an das beneficium excussionis realis der §§ 46, 47, I, 20 ALR.[2]) geschaffene Bestimung des § 777 ZPO. Danach ist dem Schuldner aus Billigkeitsgründen gestattet, den gegen das übrige Schuldnervermögen im Wege der Zwangsvollstreckung vorgehenden Pfandgläubiger auf das Pfand zu verweisen, soweit der Wert des Pfandes die Forderung deckt. Das übrige Schuldnervermögen haftet nur für den bei der Befriedigung aus dem Pfande ausfallenden Teil der Forderung (Grundsatz der Ausfallshaftung). Dem Gläubiger „bleibt es an sich unbenommen, die Zwangsvollstreckung auch in

1) Verbot der Überpfändung (§ 803 Abs. 1 ZPO.), der zwecklosen Pfändung (§ 803 Abs. 2 ZPO.), die Pfändungsverbote der §§ 811 ff., 850 ff. ZPO., die Bestimmungen der Zwangsvollstreckungs-VO. vom 26. 5. 1933 (RGBl. I, 302) bezw. 22. 3. 1934 (RGBl. I, 231).

2) Förster-Eccius, Preuß. Priv. R., 7. Aufl., III, S. 524 ff.

das übrige Vermögen des Schuldners zu betreiben. Andererseits ist es jedoch ein Gebot der Billigkeit, daß dem Vorgehen des Gläubigers, entsprechend dem Zweck der Pfandbestellung insoweit eine Grenze gezogen werde, als seine Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist" [3]).

Der Schutz des § 777 ZPO. will also die doppelte mißbräuchliche Benutzung des öffentlich-rechtlichen Vollstreckungsanspruches von seiten des schon ohnehin gesicherten Gläubigers verhüten. Eine entsprechende Anwendung der Bestimmung auf den Fall, daß der Schuldner zur Abwendung oder Einstellung der Zwangsvollstreckung Sicherheit durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren leistet (§ 804 Abs. 5 Satz 2 ZPO.), das Eigentum daran dann nach Landesrecht (EGBGB. Art. 145) auf die Hinterlegungsstelle übergeht und dem Gläubiger somit nur ein Pfandrecht an der Forderung des Hinterlegers gegen den Staat zusteht, erscheint ebenso wünschenswert, wie praktisch geboten. Denn dieses Pfandrecht hat für den Gläubiger wirtschaftlich genau denselben Wert wie das Pfandrecht an einer nicht in das Eigentum des Staates übergegangenen Hinterlegungsmasse [4]).

---

3) Begründung der Novelle zur ZPO. § 162 a S. 158.

4) So auch Stein-Jonas, § 777 Anm. II, 3; Förster-Kann, Note 2 a; Seuffert N. 2; Baumbach, Note 1; OLG. Stuttgart, Württ. Rpfl. Z. 5/201. A. M.: OLG. Dresden, Seuff. Arch. 64/205; Petersen Note 2; Gaupp-Stein, 10. Aufl., II Anm. III; LG. Berlin I, KGBl. 16/27.

I. Kapitel.

DER GRUNDSATZ DER AUSFALLSHAFTUNG IM KONKURS- UND VERGLEICHSVERFAHREN.

§ 2.

Die Ausfallsforderung im Konkursverfahren.

1. Sinn und Zweck der Vorschrift.

Wenn schon das Einzelvollstreckungsrecht eine Beschränkung des Gläubigeranspruchs aus Billigkeitsgründen vorsieht, so ist in noch weit höherem Maße der Grundsatz der Ausfallshaftung im Konkursverfahren gerechtfertigt. Denn könnten die zur abgesonderten Befriedigung berechtigten Gläubiger für ihre volle Forderung sowohl die Masse wie das Pfand in Anspruch nehmen, so würde die ohnehin schon ungünstige Lage der Konkursgläubiger noch verschlimmert. „Diese trifft es schon hart genug, daß der Absonderungsberechtigte für seine volle Forderung Vorwegbefriedigung aus einem Gegenstand der Masse suchen darf. So mag er sich denn zunächst an diesen Gegenstand halten, vielleicht auf Kosten von Nachmännern, die nicht wie er ihren Ausfall auf die Konkursmasse abwälzen können, und sich daran genügen lassen, daß ihm gestattet bleibt, zum vollen Ausfallsbetrage mit der Allgemeinheit der Konkursgläubiger zu konkurrieren“ [1]) [2]).

Um diese Härte für die Konkursgläubiger zu vermeiden, zwingt § 64 KO. den bevorzugten Gläubiger entweder zum Verzicht auf das Pfand oder zur Verwertung des Pfandes, wenn er bei der Ausschüttung der Masse berücksichtigt werden will. Der Gläubiger kann dann aber für seine persönliche Forderung im Konkursverfahren nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, „zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist“. Sein Recht zur Teilnahme am Verfahren oder besser gesagt, seine konkursmäßige Berücksichtigung steht unter der gesetzlichen Bedingung des Verzichtes auf abgesonderte Befriedigung oder des Ausfalls. Die Ausfallsforderung ist gleichsam aufschiebend bedingt [3]). Daß diese Bedingung während des Verfahrens eintritt, ist nicht nötig; nur können die Gläubiger natürlich, wenn sie erst nach dessen Beendigung eintritt, in dem Verfahren keine Rechte mehr ausüben. Den Leitgedanken dieser Regelung nennen Rechtsprechung und Rechtslehre allgemein den

1) Jäger, Konk. Recht, S. 85 f. Ziff. 4.
2) Derselbe, Lehrbuch, S. 122 oben.
3) Näheres darüber S. 45.

Grundsatz der Ausfallshaftung und die ihm unterworfenen Gläubiger Ausfallsgläubiger.

Der eben angedeutete Schutzzweck des § 64[4]) geht deutlich hervor schon aus den ersten Entscheidungen des Reichsgerichts[5]), die sich mit der Auslegung dieser Bestimmung zu befassen hatten. „Eine gesunde, mit den Anforderungen des natürlichen Rechtsgefühls in Einklang stehende Regelung der Kreditverhältnisse — so sagt das RG. — ist für das gemeine Wohl von eminenter Wichtigkeit. Auf eine solche Gestaltung hinzuwirken, ist der Gesetzeszweck der gekennzeichneten Gesetzesnormen. Eine solche Gestaltung würde entschieden beeinträchtigt werden, wenn diejenigen Gläubiger, denen eine besondere Sicherheit durch Konstituierung einer Verfügungsgewalt über derzeitige Stücke des schuldnerischen Vermögens bestellt worden ist, bei dem demnächstigen Verfall des Schuldners in Konkurs sich in Konkurrenz mit den nicht derartig gesicherten Gläubigern ebenso wie letztere hinsichts der Befriedigung aus der Konkursmasse sollten verhalten dürfen." Während § 777 ZPO. aber lediglich um des Schuldners willen besteht, will § 64 die Allgemeinheit der Konkursgläubiger schützen.

Gegenstand der folgenden Erörterungen soll der Grundsatz der Ausfallshaftung im eigentlichen Sinn sein; es sollen[6]) zunächst die Voraussetzungen der Ausfallsforderung in den Fällen herausgearbeitet werden, in denen der Konkursgläubiger bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist und hernach die Möglichkeiten einer Ausweitung des Grundsatzes Gegenstand einer Untersuchung sein.

§ 3.

2. Die einzelnen Voraussetzungen der Ausfallsforderung.

a) Vorzugsrecht an einem Gegenstand der Konkursmasse (Allgemeines).

Der Ausfallsgrundsatz gilt zunächst nur, wenn ein Absonderungsrecht des Konkursgläubigers an einem Gegenstand der Konkursmasse besteht. Das ergibt sich schon aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes. § 64 spricht von dem Gläubiger, der abgesonderte Befriedigung beansprucht. Den Begriff des Absonderungsrechtes stellt § 4 klar als die Befugnis, aus Gegenständen, die zur Masse gehören, für eine Forderung Befriedigung zu suchen. Daraus folgt notwendig, daß von einem Absonderungsrecht und damit auch

4) Paragraphen ohne besonderen Zusatz sind solche der KO.
5) Bd. 24, S. 48.
6) Unter Außerachtlassung der Fälle des Verzichts auf abgesonderte Befriedigung (Ausfallshaftung i. weiteren oder uneigentlichen Sinne).

von einer Ausfallsforderung grundsätzlich nicht gesprochen werden kann, wenn für die Forderung eines Gläubigers nicht ein massezugehöriger Gegenstand als Sicherheit haftet. Das ist in Schrifttum [7]) und Rechtsprechung [8]) unstreitig.

Darum hat der Konkursgläubiger für den ganzen noch ungetilgten Betrag seiner Forderung anteilsmäßige Befriedigung zu beanspruchen, wenn z. B. der Gemeinschuldner einen fremden Gegenstand mit Zustimmung des Berechtigten belastet [9]) oder wenn dessen Ehefrau an einem ihr gehörenden Grundstück eine Hypothek für die Schulden des Mannes bestellt hatte [10]).

Hierbei kommt es hinsichtlich der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit der verpfändeten Sache zur Masse stets lediglich auf die objektive Rechtslage an und nicht darauf, ob der Gläubiger die ihm verpfändeten Sachen für Eigentum des Gemeinschuldners oder eines Dritten gehalten hat; denn die Bestimmungen über den gutgläubigen Rechtserwerb haben Gültigkeit und Zweck nur insoweit, als sie den gutgläubigen Pfandgläubiger bezüglich seines Pfandrechts vor Angriffen des früheren Eigentümers zu schützen vermögen, nicht aber auch vor anderen Nachteilen, die sich für ihn aus dem früheren Eigentum eines Dritten ergeben könnten. Die Frage der Anwendung des § 64 und der Zugehörigkeit eines Absonderungsgegenstandes zur Konkursmasse darf lediglich nach den vom Gesetz hierfür besonders aufgestellten Voraussetzungen beantwortet werden [11]). Von Bedeutung kann der gute Glaube nur für den Erwerb des Absonderungsrechtes werden [12]).

Der Begriff der Massezugehörigkeit bedarf noch einer weiteren Umgrenzung insoweit, als die Anwendbarkeit des § 64 voraussetzt, daß der Gläubiger seinen Absonderungsanspruch an der vom Konkursverwalter als „Istmasse" behandelten Masse (durch ausdrückliche Erklärung oder konkludent) beansprucht [13]). Besteht das Pfandrecht an einem von dem Konkursverwalter aus der Masse

---

7) Jaeger, 6./7. Aufl., § 64, I Anm. 3; Bleyer, 1a; Mentzel, A 2b; Wolff, Anm. 4; Willenbücher, Anm. 2; Wilmowski-Kurlbaum, A. 5; Wolff Absonderungsrecht, S. 33; Sydow-Busch-Krieg, A. 1.

8) RGZ. 7/90; 59/368; 91/13.

9) RG. Bolze, 4 Nr. 1585.

10) OLG. Königsberg, LZ. 1914, S. 696.

11) RGZ. 59/368; 91/15.

12) RGZ. 59/368.

13) Wilmowski-Kurlbaum § 64 Anm. 1 und bes. Oetker S. 465 f., nach dessen Vorbild zwischen Soll- und Istmasse zu unterscheiden ist. Zweifellos können zwischen beiden Unterschiede bestehen. Richtig ist auch, daß dies auf die Tätigkeit des Konkursverwalters zurückzuführen ist; denn dadurch, daß er infolge falscher Beurteilung der Rechtslage Gegenstände zur Masse zieht oder aus ihr ausscheidet, können beide Massen von einander abweichen. Aber unrichtig ist es, hierin einen rechtschaffenden Akt des Konkursverwalters zu sehen. Wenn gegenüber dem unrechtmäßigen Vorgehen des Konkursverwalters der Berechtigte nichts unternimmt, so sind das Verbleiben in der Masse oder eine Veräußerung, die dem Berechtigten Verlust bringt, rein tatsächliche Vorgänge. So auch Jaeger, § 1 Anm. 2 Seuffert, S. 282 Anm. 4.

herausgelassenen Sollmasseobjekt, so ist kein Absonderungsrecht vorhanden und der Ausfallsgrundsatz kommt dann ebensowenig zur Anwendung, als wenn an einem zur Sollmasse nicht gehörenden und deshalb auch nicht in die Masse bezogenen Gegenstand ein Pfandrecht besteht. Andererseits ist aber ein Pfandrecht Absonderungsrecht und gilt der Ausfallsgrundsatz selbst, wenn der Gegenstand sich zu Unrecht in der tatsächlichen Masse befindet. Es kommt also nicht auf die Möglichkeit, sondern auf die tatsächliche Inanspruchnahme abgesonderter Befriedigung an.

Ob das Absonderungsrecht an dem Gegenstand der Konkursmasse durch Rechtsgeschäft, Gesetz (z. B. als Vermieterpfandrecht) oder durch Zwangsvollstreckung begründet worden ist, wird allgemein als unerheblich angesehen. Lediglich Hanke[14]) meint, der Ausfallsgrundsatz treffe nur für das „auf Rechtsgeschäft mit dem Hauptschuldner beruhende" Absonderungsrecht zu, weil sich das beneficium excussionis des § 46, I, 20 ALR., an das sich § 64 anlehnt, nur auf den Fall der Verpfändung durch den Schuldner bezogen habe. Dieses Ergebnis stimme auch mit dem praktischen Bedürfnis überein, da auf der einen Seite die Veräußerung des Pfandobjektes durch den Verpfänder an den Hauptschuldner vom Gläubiger nicht verhindert werden, ja sogar ohne Wissen des Gläubigers vollzogen werden könne, andererseits aber der Gläubiger die Verpfändung seitens des Dritten gerade aus dem Grunde entgegennehme, um sich eine sog. Ausfallsgarantie zu verschaffen. Selbst wenn man letzteres zugibt, so scheitert jedoch die enge Auslegung des § 64 durch Hanke an der allgemeinen Fassung des Gesetzes.

§ 4.

b) Der Ausfallsgrundsatz bei der Sicherungsübereignung und dem Eigentumsvorbehalt.

Wenn ein Vermögensgegenstand der Konkursmasse zugunsten eines Konkursgläubigers nicht mit einem Pfandrecht belastet, sondern ihm zum Eigentum übertragen wird, und wenn es sich hierbei um eine Übereignung zu treuen Händen, insbesondere um eine Sicherungsübereignung handelt, besteht rein formaljuristisch gesehen, kein Absonderungsrecht an einem zur Konkursmasse gehörigen Grundstück. Ebenso verhält es sich in dem Fall, daß jemand eine Grundschuld (Hypothek) an einem fremden Grundstück hat, diese sicherungshalber an einen Darlehensgläubiger abtritt und später in Konkurs fällt. Und doch steht die Anwendbarkeit des § 64 nach der Rechtsprechung[15]) und der überwiegenden Ansicht der Rechtslehre[16]) hier fest[17]).

---

14) DJZ. 1902, S. 367.

15) So ständig RG. seit der grundlegenden Entscheidung v. 2. 2. 1889, Bd. 24/45; ferner RG. Warn. Rspr. 1910 Nr. 38 = Gruch. 54/1171 = LZ.

Dies ist durchaus zu billigen. Denn der Zweck der Sicherungsübereignung geht, soweit er sich auf den Gläubiger bezieht, dahin, die Gläubigerforderung sicherzustellen und gegebenenfalls durch Verwertung des Sicherungsgegenstandes zu befriedigen. In dieser Hinsicht steht der Gläubiger der Sicherungsübereignung (-abtretung) wirtschaftlich einem Pfandgläubiger vollkommen gleich. Deshalb ist auch seine Stellung gegenüber den anderen Konkursgläubigern unter denselben Gesichtspunkten wie bei einem Pfandgläubiger zu beurteilen. Es würde eine Unbilligkeit gegenüber den anderen Konkursgläubigern bedeuten, wenn der Sicherungsgläubiger nicht nur den Vorteil der gesonderten Befriedigung, sondern auch noch den weiteren Vorteil, gleichzeitig mit seiner vollen Forderung an der Verteilung der Masse teilzunehmen, genießen würde. Die Unbilligkeit wäre umso größer, als sich die übrigen Konkursgläubiger, die infolge der mangelnden Erkennbarkeit der Sicherungsübereignung über die Zugehörigkeit des Gegenstandes zur Konkursmasse getäuscht sind, ohnehin durch das Bekanntwerden der Sicherungsübereignung benachteiligt fühlen müssen.

Das durch die Sicherungsübereignung begründete Recht vertritt aber nicht nur wirtschaftlich die Stellung eines Pfandrechts, sondern weist auch in rechtlicher Beziehung dem Pfandrecht verwandte Züge auf. Der übereignete Gegenstand scheidet nicht endgültig aus dem Vermögen des Gemeinschuldners aus. Ebenso wie das Pfandrecht soll er dem Gläubiger zunächst zur Sicherung einer Forderung dienen. Erlischt letztere, ohne daß eine Verwertung des Sicherungsgegenstandes erforderlich war, so fällt er — je nach der Abrede bei der Übereignung — entweder unmittelbar in das Vermögen des Gemeinschuldners zurück oder der Erwerber hat die Pflicht zur Rückübertragung [18]). Eine solche, wenn auch nicht formelle, sondern lediglich materielle und wirtschaftliche Zugehörigkeit zur Konkursmasse wird heute allgemein als genügend im Sinne der §§ 1, 43 angesehen [19]).

Selbstverständliche Voraussetzung bleibt natürlich, daß der Sicherungsgegenstand zur Konkursmasse gehört hat und aus dieser

---

1910 S. 158 Nr. 6; RGZ. 91/15; JW. 1928 S. 2140. Ebenso OLG. Braunschweig, Recht 12 Nr. 1953; OLG. Dresden 15/238; OLG. Braunschweig 26/49; Seuff Arch. 67/241; DJZ. 12/1416.

16) Jaeger § 64 Anm. 2; Mentzel 2b; Bleyer, § 48 A. 4b; Wilmowski-Kurlbaum A. 5; Kohler, S. 201, Willenbücher, A. 2. A. M.: Petersen-Kleinfeller A. 1; Sarwey-Bossert, A. 1.

17) Daß die Rechtspr. das Gegenstück zu § 64, den praktisch ebenso wichtigen Fall des § 805 ZPO., hier nicht anwendet, entgegen den überzeugenden Ausführungen von Hellwig (Gläubigernot S. 154, 155) und RFH. 19/126 steht damit in unvereinbarem Widerspruch und ist wegen der bekannten unerfreulichen Ergebnisse zu bedauern.

18) RG. Warn. Rspr. 1910 Nr. 38 = Gruch. 54/1171.

19) RGZ. 91/13.

auf den Gläubiger übertragen worden ist. Keineswegs würde § 64 angewandt werden dürfen, wenn ein Dritter sein Vermögensstück zur Sicherung der Verbindlichkeit des späteren Gemeinschuldners einem Gläubiger desselben übereignet bezw. abgetreten hätte. Wenn aber eine dem Gemeinschuldner zustehende Grundschuld (an dem Grundstück eines Dritten) einem Gläubiger abgetreten wird, wird nicht etwa ein Vermögensstück eines Dritten (das Grundstück selbst) zu Sicherungszwecken übertragen, sondern die Grundschuld als ein dem späteren Gemeinschuldner, also seiner späteren Konkursmasse, zugehöriges Recht.

Wenn die Rechtsprechung und Rechtslehre aber aus den oben angedeuteten Gründen von einer „entsprechenden" Anwendung des § 64 sprechen[20]), so ist das m. E. falsch. Man wird hier höchstens von einer entsprechenden Anwendung des § 48 reden können. Denn sobald man die Sicherungsübereignung (-abtretung) als Absonderungsrecht dem Pfandrecht gleichstellt, ist als notwendige Folge § 64 unmittelbar anzuwenden.

Die Frage, ob die dem Konkursgläubiger zustehende Sicherheit auch wirklich an einem Gegenstand der Konkursmasse besteht, ist gerade bei der Sicherungsübereignung von Hypotheken und Grundschulden selbst unter Berücksichtigung der oben erörterten Grundsätze nicht immer einfach zu entscheiden. Werden z. B. die an einem Grundstück des Gemeinschuldners bestehenden Grundschulden zur Sicherung der Forderung eines Konkursgläubigers an letzteren unter Verzicht auf die dem Treugeber regelmäßig verbleibenden Rechte abgetreten, nachdem sie erst kurz zuvor vom Gemeinschuldner auf den Dritten zur Weiterabtretung an den Konkursgläubiger übertragen waren, so taucht die Frage auf, ob hier die massefremden Grundschulden oder vielleicht das Grundstück des Gemeinschuldners der für die Konkursforderung Sicherheit gewährende Gegenstand sind. Je nach der Beantwortung der Frage steht oder fällt die Anwendbarkeit des § 64. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise wird man sagen müssen, daß die Beteiligten hier den von ihnen beabsichtigten Erfolg einfacher dadurch hätten erreichen können, daß der Gemeinschuldner sich gemäß § 1196 BGB. Eigentümergrundschulden bestellte und diese sicherungshalber an den Konkursgläubiger abtrat. Wenn hier ein anderer Weg gewählt worden ist, so hat dadurch der Dritte, dem nur für kurze Zeit die Grundschuld lediglich zur Weiterübertragung zustand, die Stellung eines Durchgangspostens erlangt. Die Grundschulden müssen daher hier schon als direkt vom Gemeinschuldner übertragen angesehen werden und § 64 ist somit anzuwenden.

In dem Kreis derjenigen Rechtsformen, die von jeher ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und rechtlichen Struktur nach dem Gläubiger als Kreditsicherungsmittel gedient haben, steht eng neben der

20) Besonders deutlich RGZ. 24/45; RG. JW. 1910/29, 35; Warn. Respr. 1910, Nr. 38.

Sicherungsübereignung der Eigentumsvorbehalt. Es liegt daher die Frage nahe, ob ähnlich wie bei der Sicherungsübereignung auch beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt im Konkurs des Käufers für den Anspruch des doppelt gesicherten Verkäufers (sachenrechtlich durch den Eigntumsanspruch, schuldrechtlich durch die Restkaufpreisforderung) die Voraussetzungen des Ausfallgrundsatzes vorliegen; m. a. W. erhält der Verkäufer, wenn die vor Konkurseröffnung über das Vermögen des Käufers gezahlten Raten und der Wert des Sicherungsgegenstandes zusammen den Betrag der Forderung nicht erreichen, die Konkursdividende von der ganzen restlichen Kaufpreisforderung oder nur von der Ausfallsforderung? Die Frage ist in der Rechtslehre vereinzelt in letzterem Sinne beantwortet worden. So halten Rühl [21]) und nach ihm Ebertsheim [22]), Auerbach [23]) und Lehmann [24] (letzterer aus zum Teil selbständigen Gründen) — mit Rücksicht darauf, daß die Sicherungsübereignung durch die Rechtsprechung dem Pfandrecht gleichgestellt worden sei und der Gegenstand des Eigentumsvorbehaltes ebenso wie der der Sicherungsübereignung wirtschaftlich zum Vermögen des Gemeinschuldners gehöre, die Vorbehaltssache daher infolge des durch die aufschiebend bedingte Übereignung entstandenen Anwartschaftsrechtes in gewisser Weise zur Konkursmasse zu rechnen sei, eine Gleichbehandlung von Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung für geboten. Sie gehen dabei davon aus, daß der Vorbehaltsverkäufer, der die Kaufsache dem Käufer übergeben hat, den Kaufvertrag voll erfüllt habe [25]) und demgemäß § 17 nach der Übergabe der Kaufsache nicht anwendbar sei [26]). Das Recht des Verkäufers müsse darauf beschränkt sein, die noch vorhandenen Waren herauszuverlangen und im übrigen — im Rahmen des § 64 — wegen des Ausfalls Befriedigung aus der Konkursmasse zu fordern. Mit Rücksicht auf den Sicherungscharakter des Eigentumsvorbehalts dürfe dem Vorbehaltsverkäufer eben nicht mehr an Werten zufließen, als zur Erfüllung seiner Restforderung erforderlich sei. Das Aussonderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers soll also zwar unberührt bleiben, aber im Verhältnis zur Kaufpreisforderung nur die gleiche Wirkung wie ein Absonderungsrecht äußern.

---

21) Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, S. 206 ff. Vergleichsordnung und Eigentumsvorbehalt in ZZP. 56/154 ff.; der Einfluß des Konkurses auf Vorbehaltsverkäufe mit Weiterveräußerungsermächtigung in LZ. 1931/160.

22) JW. 1930/3705.

23) Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer, Berlin 1930/749.

24) Der Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren in Rich. Schmidt Festgabe, Bd. I S. 346 ff.

25) Über die Begründung dieser vor allem von Oertmann vertretenen Meinung vgl. ebend. LZ. 1927/10, 16 und Komm. § 455 Anm. 4; Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, S. 206 und OLG. Braunschweig JW. 1933/1138 Nr. 8.

26) Rühl, ZZP. 56/167; Lehmann, a.a.O., S. 350 ff.

Man könnte geneigt sein, diese Ansicht schon aus rechtpolitischen Gründen wegen des vielleicht unbillig erscheinenden Ergebnisses abzutun. Die herrschende Meinung[27]) billigt die Rückforderung der vom Käufer geleisteten Anzahlungen nur im Wege der ungerechtfertigten Bereicherung der Konkursmasse zu, sodaß hier der Verlust des Verkäufers, sofern er durch den Wert der zurückerhaltenen Sache nicht gedeckt ist, in jedem Falle geringer ist. Jedoch gerade bei Berücksichtigung des nationalsozialistischen Gedankengutes wird man sagen müssen, daß der mit größerer Rechtsmacht ausgestattete Eigentümer in erster Linie zur Rücksichtnahme auf die übrigen Konkursgläubiger verpflichtet ist und deshalb eine Benachteiligung zu Gunsten der Masse schon auf sich nehmen muß.

Der Gesetzgeber wollte auch wohl in § 64 eine Zurücksetzung des dinglich gesicherten Gläubigers in bewußter Weise ausdrücklich zulassen. Trotzdem ist der Ausfallsgrundsatz beim Eigentumsvorbehalt aus rechtlichen Gründen nicht anwendbar. Die Gegner der herrschenden Lehre übersehen[28]), daß man nicht auf der einen Seite dem Verkäufer das Recht geben kann, die Sache auszusondern, wenn man auf der anderen Seite für die Restforderung gleichzeitig die Grundsätze der Absonderung gemäß § 64 zur Anwendung bringen will. Darin liegt ein Widerspruch, der m. E. eine Lösung nur dahin gestattet, daß man entweder mit der herrschenden Lehre[29]) dem Verkäufer das Aussonderungsrecht in Verbindung mit dem damit entstehenden Schadensersatzanspruch zubilligt oder den § 64 beim Eigentumsvorbehalt in gleicher Weise wie bei der Sicherungsübereignung anwendet und dadurch das Aussonderungsrecht des Verkäufers ausschließt. Es ist eben nicht möglich, daß der Eigentümer teils die Stellung als Eigentümer, teils als Pfandgläubiger erhalten soll, zumal auch das Gesetz zwischen Aus- und Absonderungsrecht genau unterscheidet (§§ 43 bis 46 und 47 bis 52). Diese Folgerung zieht aber Rühl bewußt nicht[30]).

Gegen die von ihm für die Anwendbarkeit des § 64 angeführte „wirtschaftliche Zugehörigkeit" der Vorbehaltssache zum Vermögen

---

27) Nachweise siehe Anm. 29 dieser Seite.

28) Die für bezw. gegen die Anwendbarkeit des § 17 geltend gemachten Gründe sind im folgenden nicht behandelt, eil sie außerhalb des Gebietes der Ausfallshaftung liegen.

29) RGZ. 64/204, 384; 85/402 = JW. 1915/100; 95/105; 133/40 = JW. 1932/164; Jaeger, § 17 Anm. 11; Mentzel § 17 Anm. 3; Warn. § 17 Anm. V; Kiesow § 4 Anm. 8a; Eisold § 4 Anm. 14. Sie gehen sämtlich davon aus, daß der Kaufvertrag trotz Übergabe solange vom Verkäufer noch nicht vollständig erfüllt ist, als der Käufer Eigentum noch nicht erlangt hat. Der Konkursverwalter habe die Wahl zwischen Erfüllung und Nichterfüllung. Wähle er lezteres, so verwandele sich der Erfüllungsansprpuch des Verkäufers in eine Konkursforderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Daneben bestehe ein Aussonderungsrecht gemäß § 43.

30) Im Gegensatz zum österreichischen Konkursrecht, das den Eigentumsvorbehalt allgemein als besondere Art des Sicherungseigentums auffaßt und gleich letzterem als Absonderungsrecht behandelt (Vgl. Bartsch; Pollak, Österr. Konkurs-Ausgleichs- und Anfechtungsordnung, 2. Aufl., S. 868, 891, 951).

des Gemeinschuldners spricht der Umstand, daß der Käufer gegenüber dem Verkäufer die Stellung eines Verwalters und Verwahrers hat. Darum halte ich die Ansicht Rühls — selbst für den Fall, daß man dem Verkäufer aus den oben angeführten Gründen statt des Aussonderungs- nur ein Absondersrecht gewähren wollte — nicht für tragbar. Gegen sie spricht auch noch folgende Erwägung, auf die zuerst Bley[31]) hingewiesen hat: der Verkäufer ist auf Grund seines Eigentumsrechtes nicht nur zur Aussonderung des Eigentums, welches der Käufer wohl regelmäßig nicht bestreiten wird, berechtigt, sondern auch zur Aussonderung des dem Käufer zufolge seines Anwartschaftsrechtes zustehenden Verfügungsausschlußrechts. Dessen Aussonderung würde aber das Erstarken des Anwartchaftsrechtes zum Vollrecht verhindern und deshalb dem Verkäufer durch § 26 Satz 1 verschlossen sein. Rühl und Lehmann halten zwar die Aussonderungsbefugnis für unzweifelhaft[32]); sie können aber nicht bestreiten, daß das Anwartschaftsrecht des Käufers zu Gunsten der Konkursmasse fortbesteht, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung nicht ablehnen kann — eben weil § 17 nicht anwendbar sein soll — und der Verkäufer nicht vom Vertrag zurückgetreten ist. Die Rücknahme der Sache bedeutet, soweit § 5 Abz.Ges. vom 16. 5. 1894 nicht eingreift, regelmäßig keinen Rücktritt, ja nicht einmal den Willen zur Einschränkung des Vertrages[33]).

Die Vorschrift des § 26 schließt freilich ihrem Wortlaut nach nur die Rückgabe einer „in das Eigentum" des Schuldners übergegangene Leistung aus. Eigentum aber bedeutet hier Vermögen und Leistung kann jedes den Gegenstand einer Verfügung bildende Vermögensrecht sein[34]), also auch ein Anwartschaftsrecht. Die Ansicht Rühls hätte also die unerträgliche Folge, daß der Verkäufer sich hinsichtlich seines Kaufpreisanspruches mit der Quote begnügen müßte, aber nicht aussondern könnte; denn dem Käufer würde das Verfügungsausschlußrecht hinsichtlich des Eigentums der Kaufsache gemäß § 26 verbleiben. Anders ist es dagegen bei Anwendung des § 17 und ebenso des § 28 Vergl.Ordn. Für diesen Fall rechtfertigt sich die restlose Aussonderung, weil ihr wegen Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter bezw. Vergleichsschuldner keine Anwartschaft mehr, die zum Vollrecht erstarken könnte, entgegensteht. Das ist im Konkurs ohne weiteres einleuchtend, weil da allein der Verwalter ablehnen kann, dieser aber durch die Ablehnung der Erfüllung die Anwartschaft aufgibt. Es muß dasselbe aber auch — was vorwegnehmend gesagt sein soll — im Vergleichsverfahren des Käufers gelten und zwar, da der Schuldner selbst seine Anwartschaft aufgeben kann, sinngemäß auch bei Ablehnung seitens des Gläubigers (Verkäufers).

---

31) § 4 III 3 b und Judicium 1932, S. 200 ff.
32) Rühl, ZZP. 56/169; Lehmann, a.a.O., S. 352.
33) OLG. Düsseldorf, 4. 2. 1932, Konk. Treuh. S. 79.
34) Jaeger KO. § 26 Anm. 13 mit Verweisungen.

c) Massezugehörigkeit des Absonderungsgegenstandes im Zeitpunkt der Konkurseröffnung.

Maßgebend für die Frage, ob der Sicherungsgegenstand zur Konkursmasse gehört, ist der Zeitpunkt der Konkurseröffnung. War der Gegenstand bereits vorher vom Gemeinschuldner veräußert worden, so ist § 64 nicht anwendbar[35]); war umgekehrt von einem Dritten ein diesem gehöriger Gegenstand für eine persönliche Forderung and en Gemeinschuldner belastet worden und der Gegenstand vor Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner zu Eigentum erworben worden, so wird die Anwenbarkeit des § 64 bejaht; wird der fremde Gegenstand nach Konkurseröffnung vom Konkursverwalter zur Masse erworben, so wird die Anwendbarkeit wiederum verneint[36]).

Diese Abstellung auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung ist allgemein anerkannt[37]) und wird jetzt auch von Jaeger[38]) unter Aufgabe seiner früheren Ansicht[39]) angenommen. Während Jaeger früher aus der von ihm angenommenen Nichtanwendbarkeit des § 68 bei reiner Sachmithaftung eines Dritten folgerte, „daß der durch ein Pfand an fremder Sache gesicherte Gläubiger, der bis zur Konkurseröffnung mit der Möglichkeit des Pfanderwerbes durch den Schuldner rechnen mußte, auch durch die Konkurseröffnung dieser Gefahr nicht enthoben wird“[40]), will er jetzt aus der auch mit reiner Sachmithaftung angewendeten Vorschrift des § 68, die bekanntlich auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung abstellt, auf die Unanwendbarkeit des § 64 hinsichtlich der nach Konkurseröffnung zur Masse kommenden Gegenstände schließen[41]).

Diese Begründung erscheint mir nicht richtig; denn daraus kann keineswegs auf die Unanwendbarkeit des Ausfallgrundsatzes geschlossen werden. Daß § 64 auch neben § 68 gelten kann, gibt auch Jaeger zu[42]). Folglich muß § 64 auch mit § 68 verträglich sein, wenn die Mithaftung des Dritten lediglich dinglich war, und der persönlich haftende Schuldner den Pfandgegenstand nach Verfahrensbeginn erworben hat[43]). Mit der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 19. 12. 1904 Bd. 59 S. 367 ist vielmehr davon auszugehen, daß für den Umfang des Absonderungsrechtes grundsätzlich die Lage zur Zeit der Konkurseröffnung maßgebend ist; das ergibt sich ohne weiteres aus der auch dem § 4 zugrundeliegenden Begriffsbestimmung der Konkursmasse in § 1. Sie stellt aber lediglich

35) RGZ. in LZ. 1912/693, 16; OLG. Marienwerder Seuff. Arch. 55 Nr. 250.
36) RGZ. 59/368.
37) Mentzel, 2b; Bleyer, 1b. RGZ. 59/368; OLG. Stuttgart DJZ. 1904/1143; a. M.: bisher Jaeger, 5. Aufl., Anm. 3.
38) LZ. 1919, 1055.
39) KO. 5. und 6. Aufl., § 64 Anm. 3.
40) Jaeger, § 64 Anm. 3.
41) Ebenders., LZ. 1919/1055.
42) § 68 Anm. 6.
43) So mit Recht auch Bley, S. 134.

auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung ab. Es ist nun allerdings nicht ausgeschlossen, daß auch durch den Konkursverwalter eine Neubegründung von Pfandrechten und Erweiterung bestehender herbeigeführt wird (§§ 15, 17, 134 Ziff. 2). Allein keinesfalls liegt es in der Macht des Konkursverwalters durch Erwerb einer Sache für die Konkursmasse ein bisher nicht bestehendes Absonderungsrecht rückwirkend zu begründen und damit eine pfandgesicherte Forderung nachträglich zur Ausfallsforderung herabzudrücken. Würde der ursprünglich unbeschränkt berechtigte Konkursgläubiger hinterher zufolge des Eigentumserwerbes der Konkursmasse auf den Ausfall beschränkt, so läge darin eine ungerechtfertigte Verschiebung des in dem maßgebenden Zeitpunkt bestandenen Rechtsverhältnisses der Gläubiger zueinander. So ist auch bereits in den Motiven [44]) zu § 12 (15) ausgeführt: „Durch die Konkurseröffnung wird das Verhältnis eines jeden Konkursgläubigers zur Konkursmasse und zu den anderen Konkursgläubigern fixiert.... in der Lage, in welcher sich zur Zeit der Konkurseröffnung ein Gläubiger zur Konkursmasse befindet, wird er im Verfahren berücksichtigt."

§ 6.

d) Die Konkursforderung.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 64 ist ferner, daß eine persönliche Forderung gegen den Gemeinschuldner besteht und als Konkursforderung geltend gemacht werden kann. Es scheiden daher die Fälle aus, in denen eine persönliche Forderung fehlt und nur ein Absonderungsgegenstand haftet oder in denen zwar eine persönliche Haftung besteht, aber nicht die des Gemeinschuldners, z. B. wenn ein dem Gemeinschuldner gehöriger Gegenstand für fremde Schuld verpfändet worden ist. Selbst wenn aber eine persönliche Forderung gegen den Gemeinschuldner besteht, versagt § 64, wenn sie von jeder Konkursbeteiligung ausgeschlossen ist, z. B. als Anspruch aus einem Schenkungsversprechen des Gemeinschuldners oder wenn sie als Mietzinsanspruch im Bereich des § 59 ein Massegläubigerrecht ist.

Es taucht hier die Frage auf, wie die Stellung des Konkursgläubigers ist, wenn dem Absonderungsrecht zwar eine persönliche Haftung des Gemeinschuldners, aber auf doppelter Rechtsgrundlage, zugrundeliegt. Hat also der Schuldner vor Konkurseröffnung zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers erfüllungshalber eine neue Verbindlichkeit übernommen, (§ 364 Abs. 2 BGB.), etwa für eine Darlehens- oder Kaufpreisschuld ein

44) Hahn, Bd. 4, S. 75.

Wechselakzept gegeben, gilt dann der Ausfallsgrundsatz des § 64 nur hinsichtlich der Alt- oder auch der Neuforderung?

Es ist hierbei davon auszugehen, daß der Gläubiger nicht neben der Wechselforderung auch noch aus dem Darlehens- oder Kaufpreisanspruch Befriedigung erhalten kann. Beide Forderungsrechte stehen, da die Neuschuld nur um der alten willen begründet worden ist, in einer inneren Beziehung zueinander; und diese äußert sich darin, daß das alte Forderungsrecht ebenfalls untergehen muß, falls die neu übernommene Verbindlichkeit getilgt wird, und daß andererseits die Neuschuldverpflichtung nicht mehr bestehen kann, wenn die alte erloschen ist[45]). Ebenso wie außerhalb hat der Schuldner aber auch innerhalb des Konkurses nur einmal zu zahlen. Dem Grundsatz des § 64 entsprechend darf dann der Gläubiger als Konkursgläubiger Befriedigung aus der Masse auch hinsichtlich der Neuforderung nur für den Betrag beanspruchen, mit dem er bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist. Dies ist schon um deswillen anzunehmen, weil sonst einer Umgehung des § 64 durch den Gläubiger Tür und Tor geöffnet wäre. Er könnte, je nachdem, wie es für ihn günstiger ist, sich bald auf die alte, bald auf die neue Forderung berufen. Hat nun der Gläubiger den Wechsel weiter gegeben, so hindert ihn zwar die Konkursteilnahme des Indossatars an einer Anmeldung der Altforderung. Das Pfandrecht aber, das letztere sichern soll, besteht trotzdem nach wie vor. Es darf nur durch seine Geltendmachung die Masse nicht mehr leiden, als wenn Alt- und Neuforderung noch in einer Hand wären. Der Indossatar muß sich daher ebenfalls den Beschränkungen des § 64 fügen[46]).

Hier reiht sich folgender Fall an: Auf dem Grundstück des Gemeinschuldners ruht eine Darlehenshypothek für dessen Ehefrau, die sie an den Kläger abtritt zur Sicherung der Ansprüche aus dem Kontokorrentverhältnis des Klägers gegen den Gemeinschuldner. Der Kläger hat im Konkurs letztere Ansprüche in voller Höhe angemeldet, daneben verlangt er abgesonderte Befriedigung hinsichtlich der abgetretenen Hypothek. Der Konkursverwalter hat demgegenüber die Kontokorrentforderung nur als Ausfallsforderung anerkannt.

Das OLG. Kiel[47]), das diesen Fall zu entscheiden hatte, hat dem Konkursverwalter Recht gegeben. Die Kritik, die die Entscheidung durch Thiesing[48]) erfahren hat, ist m. E. unberechtigt. Der Fall ist dem oben betrachteten verwandt. Wie dort befinden sich zuletzt beim Kläger zwei Forderungen in einer Hand vereinigt und liegen der dinglichen Sicherheit zugrunde: die Forderung aus dem Konto-

45) RGRKomm. § 364 Anm. 12.
46) Jaeger, § 3 Anm. 12.
47) Abgedruckt JW. 1935/721.
48) Ebendort (die Begründung der oberlandesger. Entscheidung weist allerdings leider nicht auf alle in dem Falle liegenden Probleme, insbes. die Frage der persönlichen Doppelhaftung, hin).

korrentverhältnis und diejenige, die der Hypothek zugrunde liegt. Gleichviel ob der Kläger sich an die eine oder andere Forderung hält, der Grundsatz des § 64 ist auch hier anzuwenden. Das folgt zunächst schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, der einfach von der (Konsurs)-forderung spricht, für die der Gemeinschuldner auch persönlich haftet und keinen Unterschied macht, ob sie erst früher oder später der Sicherheit zugrunde gelegt worden ist. Auch der Grundgedanke des § 64, daß auf den Ausfall beschränkt sein soll, wer als Konkursgläubiger durch seine Vorzugsbefriedigung die Masse als solche mindert, spricht für die Anwendung des Ausfallsgrundsatzes. Der Gegenstand, der hier auf Kosten der Masse in Anspruch genommen wird, ist letzten Endes das Grundstück des Gemeinschuldners. Die Hypothek gibt ja nur den Weg frei, um zur abgesonderten Befriedigung zu kommen. Nirgends ist schließlich davon die Rede, daß die persönliche Forderung und die dingliche Sicherheit in einem ursprünglichen inneren Zusammenhang — etwa im Sinne der §§ 1113, 1204 BGB. — stehen müßten. Das ist für den Zweck, den § 64 erreichen will, unerheblich. Wesentlich ist nur, daß der Gläubiger doppelt gesichert ist durch die geltend gemachte Konkursforderung und das außerdem zur Sicherung einer Forderung bestehende Absonderungsrecht. Das ist hier der Fall.

Thiesing[49]) meint nun, gegen § 64 spreche schon der Umstand, daß ja auch im Falle der Nichtabtretung der Darlehenshypothek an den Kläger die Kontokorrentforderung hätte voll berücksichtigt werden müssen; dadurch, daß sich beide Forderungen in einer Hand befinden, könne eine andere Beurteilung der Rechtslage nicht möglich sein. Wenn man aber so folgern will, dann müßte in jedem Fall, wenn zu einer persönlichen Forderung später durch Abtretung einer dinglichen Sicherheit an den Konkursgläubiger ein Absonderungsrecht hinzutritt, ein Absonderungsrecht ausgeschlossen sein, weil ja ohne die Abtretung auch hier eine Vollberücksichtigung der persönlichen Forderungen stattgefunden hätte. Der Hinweis auf die andere Rechtslage vor der Abtretung kann aber daher nicht maßgebend sein.

§ 7.

Die Ausfallsforderung im Vergleichsverfahren.

Im Vergleichsverfahren findet nach § 2 Satz 2 Vergl.O. § 64 entsprechende Anwendung. Demnach kann ein persönlicher Gläubiger des Vergleichsschuldners, der im Konkursverfahren berechtigt wäre, abgesonderte Befriedigung für seine Forderung zu beanspruchen, im Vergleichsverfahren nur für den Betrag die Vergleichs-

49) Thiesing, a.a.O., S. 721.

quote verlangen, mit dem er bei der Befriedigung aus dem Sicherungsgegenstand ausfällt. Es gelten also insoweit dieselben Grundsätze, die oben erörtert worden sind.

Das Absonderungsrecht muß vor allem an einem Gegenstand bestehen, der zu dem Vermögen gehört, über welches das Vergleichsverfahren eröffnet worden ist[50]). Gegenüber dem Konkurs ergeben sich lediglich insoweit Besonderheiten, als sie im Wesen des Vergleichsverfahrens begründet liegen. So bezweckt das Vergleichsverfahren anders als der Konkurs keine Schuldenabwicklung durch Befriedigung der beteiligten Gläubiger aus einer diesen vorbehaltenen Teilungsmasse. Es gibt deshalb auch keine auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung festgelegte, der Konkursmasse entsprechende Teilungsmasse, vielmehr bilden die bei Eröffnung des Verfahrens vorhandenen Gegenstände zusammen mit dem Neuerwerb das Vermögen, auf das das Vergleichsverfahren sich erstreckt. Der Zeitpunkt der Eröffnung des Vergleichsverfahrens (§ 25 Vergl.O.) legt bloß die am Verfahren beteiligten Gläubigerrechte (§ 2 Vergl.O.) fest, nicht auch wie § 1 KO. die Teilungsmasse[51]). Der Schuldner behält ferner während des Vergleichsverfahrens die Verwaltung und Verfügungsbefugnis hinsichtlich seines Vermögens. Zum Vermögen, über das das Vergleichsverfahren eröffnet wird, gehören daher auch die nicht dem Zwangszugriff und Konkursbeschlag unterworfenen Gegenstände[52]).

Daraus folgt, daß der Ausfallsgrundsatz im Vergleichsverfahren auch dann gilt, wenn der Schuldner eine nach § 811 ZPO. oder sonstigen Schutzvorschriften unpfändbare (also nicht dem Konkursbeschlag unterliegende Sache) verpfändet hat[53]). Das Absonderungsrecht muß ferner — ebenso wie im Konkurs — bereits zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bestehen. Erwirbt also der Schuldner nach Verfahrensbeginn einen pfandbelasteten Gegenstand, so kann daran, obwohl er vom Verfahren umfaßt wird, kein Absonderungsrecht mehr begründet werden. Wird aber der Umfang eines bereits bestehenden Absonderungsrechtes während des Verfahrens erweitert, so muß m. E. im Gegensatz zu der für das Konkursverfahren geltenden Regel der Ausfallsgrundsatz auch hinsichtlich der nach Verfahrensbeginn hinzukommenden Massegegenstände gelten; denn die Eröffnung des Verfahrens hat, wie oben ausgeführt, lediglich Bedeutung für die Begründung der Gläubiger (Absonderungs)-rechte, aber nicht für die Ausgestaltung der Teilungsmasse im einzelnen.

---

50) Bley, S. 133; Eisold § 2 Anm. 16; Meyer § 2 Anm. 122, Kiesow, § 2 Anm. 105.
51) Bley, S. 39.
52) Ders. a.a.O. S. 4.
53) Ders. S. 133.

§ 8.

Die Ausfallsforderung im Zwangsvergleichsverfahren.

Der Ausfallsgrundsatz hat auch Anwendung zu finden, wenn das Konkursverfahren durch einen Zwangsvergleich (§§ 173 ff.) beendet wird. § 64 regelt zwar zunächst nur das Rechtsverhältnis zwischen den Absonderungsberechtigten und den Konkursgläubigern. Es wäre jedoch falsch, daraus schließen zu wollen, — wie es Kohler[54]) tut — die Beschränkung des § 64 gelte nur für die Dauer des Konkursverfahrens, nach dessen Beendigung durch einen Zwangsvergleich habe der absonderungsberechtigte Gläubiger Zahlung der Zwangsvergleichsrate wieder von seiner ganzen Forderung zu beanspruchen.

Diese Ansicht widerspricht dem Wesen und Zweck des Zwangsvergleichs. Letzterer ist der Abschluß eines gesetzlich besonders geregelten Zwangsverfgleichsverfahrens, eines Bestandteils des Konkursverfahrens und tritt an die Stelle der sonst stattfindenden Verwertung der Masse; die Zwangsvergleichsquote ersetzt somit den Anteil an der sonst unter die Konkursgläubiger zu verteilenden Masse[55]). Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger (§ 193, Satz 1). Dadurch werden zwar die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, aus einer Hypothek-, Grund- oder Rentenschuld oder einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung nicht berührt (§ 193, Satz 2). Aber daraus folgt nur, daß der Gläubiger aus dem Absonderungsrecht als solchem Befriedigung in voller Höhe suchen kann.

Soweit er jedoch daneben noch Konkursgläubiger ist, wird auch er vom Zwangsvergleich berührt. Da aber bisher der Anspruch auf die Konkursquote durch den Verzicht auf das Absonderungsrecht oder durch den Ausfall bedingt war, muß auch jetzt nach der rechtskräftigen Bestätigung des Zwangsvergleichs der Anspruch auf die Zwangsvergleichsrate von der gleichen Bedingung abhängig sein. Es kann nicht Gegenstand und Zweck des Zwangsvergleichs sein, dem Absonderungsberechtigten als Konkursgläubiger Rechte zu geben, die er bis dahin nicht hatte, nämlich das Recht, sich nicht an das Pfand verweisen zu lassen[56]). § 64 muß daher, und das wird auch fast übereinstimmend in Rechtsprechung und Rechtslehre angenommen[57]) — auf die persönliche Forderung auch im Falle des Zwangsvergleichs angewandt werden.

---

54) Lehrbuch, S. 361 f., 481.

55) Sydow-Busch-Krieg, § 193, Anm. 5.

56) RGZ. 6/66.

57) RGZ. 5/394; 6/6; 23/45; 78/71 = JW. 1912/252; Recht 12 Nr. 496; OLG. Hamburg 23/308; Jaeger § 193 Anm. 12; Sydow-Busch-Krieg § 193 Anm. 5.

§ 9.

Das Verhältnis des Grundsatzes der Ausfallshaftung zu dem der Doppelberücksichtigung.

Nach dem Ergebnis der vorausgegangenen Erörterungen bleibt § 64 unanwendbar, wenn das Sicherungsrecht nicht an einem Gegenstande der Konkursmasse besteht. Gehört der Sicherungsgegenstand einem Dritten (z. B. ein Dritter hatte für eine Schuld des Gemeinschuldners sein Grundstück zur Hypothek gestellt, oder der Gemeinschuldner hatte mit Hilfe des Dritten dessen Sache verpfändet, oder das Pfandrecht war vom Gemeinschuldner widerrechtlich an einer fremden Sache bestellt oder gutgläubig erworben worden), so ist nicht der Grundsatz der Ausfallshaftung, sondern der der Doppelberücksichtigung (§ 68) anzuwenden. So jedenfalls, wenn der Dritte auch persönlicher Mitschuldner ist[58]). Danach kann der Gläubiger, wenn über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche miteinander für dieselbe Leistung auf das ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet wird, bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte.

Die Hauptfälle, in denen eine solche Doppelberücksichtigung der Forderung statt der Ausfallshaftung anzunehmen ist, sind die, daß ein Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld an seinem Grundstück eine Hypothek bestellt[59]) oder ein Miterbe eine Sicherheit für eine Nachlaßschuld gewährt hat. Wenn hier über das Vermögen der Gesellschaft und über das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter der Konkurs eröffnet ist, so können die Gläubiger der Gesellschaft gemäß § 68 bis zu ihrer vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den sie zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern haben.

Die in § 64 angeordnete Beschränkung auf verhältnismäßige Befriedigung für den Ausfall könnte im Gesellschaftskonkurs nur dann Platz greifen, wenn dem Gläubiger an einem zur Konkursmasse gehörigen Vermögensstücke ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zustünde, dies trifft aber bei einem zum Privatvermögen der Gesellschafter gehörigen, wenn auch für Gesellschaftsschulden verpfändeten Grundstück im Verhältnis zum Gesellschaftskonkurs nicht zu. Lediglich im Konkurs über das Vermögen des verpfändeten Gesellschafters könnte also der Ausfallsgrundsatz zur Anwendung kommen. Das gleiche muß dementsprechend gelten im Nachlaßkonsurs.

Für den Schutzgedanken des § 64 ist in den obigen Fällen, in denen wir § 64 abgelehnt haben, darum kein Raum, weil ja die Vorzugsdeckung nicht auf Kosten der Konkursmasse erfolgt, sondern in der dinglichen Belastung von Vermögensstücken dritter Personen besteht. Für die Allgemeinheit der Konkursgläubiger bedeutet

58) Mentzel, § 64 Anm. 2b; RGZ. 7/90; 52/170; 74/234; 91/12; 92/192.
59) RGZ. 7/88; 52/170; 91/13; 92/192.

es darum keine Benachteiligung, wenn hier in dem Konkurs eines jeden Mithaftenden dessen Schuld in der ganzen bei Konkurseröffnung ausstehenden Höhe zum Zuge gelangt.

Der Gläubiger kann hier allerdings auch die geschuldete Leistung nur einmal erhalten. Die Teilzahlung des einen Schuldners verringert die Forderung; der Gläubiger darf auch von dem anderen Schuldner nur noch die Restforderung verlangen, wenngleich letzterer auch schon auf die ganze Forderung in Anspruch genommen oder gar verurteilt war. Haben wir oben die konkursmäßige Befriedigung hinsichtlich der Ausfallsforderung als aufschiebend bedingte bezeichnet, so könnte man sie hinsichtlich ihres Gegenstücks, der Korrealforderung [60]) auflösend bedingt nennen, weil die Verhaftung der einen Sache aufhört, sobald der Anspruch aus der anderen Sache befriedigt ist [61]).

Ob nun ebenso zu entscheiden ist, wenn dem Gläubiger neben dem Gmeinschuldner der Vermögensgegenstand eines Dritten haftet ohne dessen gleichzeitige persönliche Verpflichtung, wurde bisher verschieden beantwortet und ist eine bekannte konkursrechtliche Streitfrage. Nach Bleyer [62]) und früheren Auflagen des Kommentars von Jaeger [63]) ist, da § 68 eine persönliche Haftung mehrerer für die gleiche Leistung voraussetzt, eine entsprechende Anwendung auf andere Fälle nicht zulässig. Erhält demnach in Fällen wie oben der Gläubiger während des Konkurses teilweise Befriedigung aus dem Pfand des Dritten, so soll sich dadurch seine Forderung entsprechend dieser Befriedigung für die Beteiligung im Konkurs mindern, der Gläubiger könne nur nicht — zum Unterschied von § 64 — wenn er Befriedigung aus der Masse wünsche, zunächst auf den haftenden Gegenstand verwiesen werden; es stehe vielmehr in seinem Belieben, welche Haftung er zuerst in Anspruch nehmen wolle. Man hat also zwischen den Grundsatz der Ausfallshaftung und der Doppelberücksichtigung den der ausfallsähnlichen Haftung gestellt, wie ich ihn nennen möchte.

Die hierfür geltend gemachten Gründe sind jedoch nicht durchschlagend. § 68 enthält im Grunde genommen gar keine Ausnahme von dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß eine Forderung sich insoweit vermindert, als der Gläubiger durch eine Teilleistung befriedigt wird. Das Wesentliche des § 68 liegt darin, daß im Konkursverfahren der Gläubiger mit seiner Quote in der Höhe teilnehmen soll, wie sie zur Zeit der Konkurseröffnung bestanden hat. Es soll also der Bestand der Forderung zur Zeit der Eröffnung für deren Berechnung maßgebend bleiben und die Befriedigung, die der Gläubiger später von dritter Seite erhalten hat, nur insofern berücksichtigt werden, als sie und die Quote zusommen die Forderung nicht

60) So wurde vielfach die Haftung aus § 68 in der älteren Literatur genannt.

61) So ähnlich Wolff, a.a.O., S. 83 unten.

62) § 64 Anm. 1 b.

63) 5. Aufl., § 64 Anm. 3.

übersteigen dürfen. Sieht man darin die Besonderheit des § 68, wie es auch Jaeger jetzt unter Aufgabe seines früheren Standpunktes tut [64]), so erscheint eine verschiedenartige Behandlung der Fälle der persönlichen Mithaftung und der der bloßen Sachmithaftung sachlich nicht gerechtfertigt. Für die Konkursmasse ist es einerlei, ob der anderweit gesicherte Gläubiger nach Konkurseröffnung durch einen persönlichen Mitschuldner des Gemeinschuldners eine teilweise Befriedigung erhält oder ob dies aus einer fremden Sachmithaftung geschieht. Weder in dem einen noch anderen Falle kann der befriedigte Gläubiger Konkursgläubiger werden. Für einen dem § 64 entsprechenden Schutzgedanken ist aber kein Raum, wenn die Vorzugsdeckung nicht auf Kosten der Konkursmasse geschieht. Die entsprechende Anwendung des § 68 und die Ablehnung einer dem § 64 entsprechenden Ausfallshaftung ist also bei reiner Sachmithaftung eines Dritten schon gerechtfertigt. Der hier vertretene Standpunkt wird denn auch überwiegend in Literatur und Rechtsprechung eingenommen [65]).

Zwischen den Tatbeständen der Sachhaftung des Gemeinschuldners, auf die § 64 anzuwenden, und denen der Sachhaftung eines Dritten, für die § 68 maßgebend ist, liegen die Fälle, in denen der haftende Gegenstand nicht dem Gemeinschuldner allein, sondern in Gemeinschaft mit einem Dritten gehört. Hier wird man die Frage, ob der Grundsatz der Ausfallshaftung oder der der Doppelberücksichtigung anzunehmen ist, jeweils von der Art der vorliegenden Gemeinschaft abhängig machen müssen.

Bei einer Bruchteilsgemeinschaft an einem Grundstück (§§ 1008 ff. BGB.) wird, wenn die Miteigentümer etwa das Grundstück hypothekarisch belastet haben, § 64 nur anteilmäßig angewandt werden dürfen. Das bedeutet, wenn z. B. das Miteigentum je zur Hälfte besteht, der Gläubiger aber die hypothekarische Haftung erschöpfend verwirklicht hat, daß die Berücksichtigungssumme, für die dem Gläubiger die Quote auszuzahlen ist, um die Hälfte des Pfanderlöses verkürzt wird [66]). Gehört dagegen das haftende Grundstück zu einer Gesamthandsgemeinschaft, deren Mitberechtigter der Gemeinschuldner ist, so kann § 64 überhaupt nicht angewandt werden. So etwa, wenn Ehegatten ein in ihrem Miteigentum stehendes Grundstück mit einer Hypothek für eine Schuld des in Konkurs gefallenen Mannes belastet haben. Ist allerdings das Grundstück Bestandteil einer ehelichen Gütergemeinschaft, dann würde es nach § 2 mit dem Gesamtgut im ganzen zur Konkursmasse gehören und darum § 64 anwendbar sein.

---

64) LZ. 1919/1055, 56.

65) Jaeger, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 121, 124; Mentzel § 64 Anm. IIb (ohne Begr.); OLG. Hamm Seuff. Arch. 73 Nr. 89; OLG. Kassel, Seuff. Arch. 75 Nr. 248; Recht 1920/3235; a. M.: Bleyer, a.a.O., § 64 I b; und OLG. Dresden LZ. 1908/89 gestützt auf den inzwischen aufgegebenen Standpunkt von Jaeger.

66) So auch Jaeger, § 64 Anm. 3 a.

II. Kapitel.

§ 10.

DIE AUSWEITUNG DER ANWENDUNGSMÖGLICHKEIT DES GRUNDSATZES DER AUSFALLSHAFTUNG.

Während die einzelnen Voraussetzungen des Grundsatzes der Ausfallshaftung in Rechtslehre und Rechtsprechung eine eingehende Behandlung gefunden haben, ist die Frage nach der Ausweitung seiner Anwendungsmöglichkeit bisher — wenigstens in grundsätzlicher Weise — so gut wie garnicht erörter worden. Und doch bietet ihre eindeutige Beantwortung mancherlei Schwierigkeiten. Soweit bisher bekannt wurde, hat sich lediglich der ehemalige Oberste Gerichtshof des Saargebietes in einer nicht veröffentlichten Entscheidung vom 8. 11. 1932 (Akt.-Z. 3. U. 152/32) mit ihr grundsätzlich beschäftigt[1]). Er hatte sich hierbei mit drei verschiedenen von den Prozeßparteien überreichten Rechtsgutachten von Mentzel, Kisch[2]) und Jaeger auseinanderzusetzen, die eingehend aber in voneinander erheblich abweichender Weise zu der Frage Stellung genommen hatten. Der Entscheidung lag folgender Tatbestand zugrunde:

C hat ihm gehörige Aktien an B zur Sicherung eingeräumter Kredite verpfändet mit dem Rechte, darüber wie ein Eigentümer zu verfügen. B verpfändet seinerseits diese Aktien an seinen Gläubiger A. Im gerichtlichen Vergleichsverfahren des B wurde den Vergleichsgläubigern eine Quote von 37,5% versprochen. A hat die ihm verpfändeten Aktien im Einverständnis mit B und C verwertet und ist dabei mit einem größeren Betrag ausgefallen. Es entstand die Frage, ob A die Vergleichsquote nur für den Ausfall bei der Befriedigung aus den verpfändeten Aktien oder für den vollen Betrag der pfandgedeckten Forderung zu beanspruchen hatte. Da die dem A verpfändeten Aktien Eigentum des C waren, das Sicherungsrecht also nicht an einem Gegenstand der Konkursmasse bestand, schied die unmittelbare Anwendbarkeit des § 64 zwar aus. A wollte die Bestimmung jedoch aus dem ihr zugrundeliegenden Schutzgedanken heraus angewandt wissen.

Während die Gutachten von Mentzel und Kisch für eine Berücksichtigung des A in Höhe seiner vollen Forderung eintraten, hat der ehemalige Oberste Gerichtshof des Saargebietes in Über-

---

1) Ein Abdruck der Entscheidung findet sich im Anhang S. 46 ff.

2) Das Rechtsgutachten von Kisch ist inzwischen in abgekürzter Form im Judicium 1933 S. 322 ff. veröffentlicht worden.

einstimmung mit dem Vorschlag von Jaeger die Frage dahin beantwortet, daß A nur als Ausfallsgläubiger am Vergleichsverfahren teilnehme [3]).

§ 11.

Die bisher vertretenen Anschauungen.

Die Ansicht Mentzels.

Sie geht davon aus, daß § 64 in seinem Wortlaut mit aller wünschenswerten Klarheit ausspreche, nur die Konkursbeteiligung der absonderungsberechtigten Gläubiger, die auch persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sind, regeln zu wollen, d. h. also der Gläubiger, die aus einem zur Masse gehörigen Gegenstand eine Vorzugsbefriedigung beanspruchen können. Rechtlich liege der oben angeführte Tatbestand nicht anders, als wenn C selbst seine Aktien dem A in Pfand gegeben hätte. Die Neubegründung des Pfandrechts für A sei in ihrer Rechtswirksamkeit keineswegs abhängig von dem Verzicht des B auf sein Pfandrecht. Beides seien voneinander unabhängige Rechtsvorgänge. Es fehle darum an der notwendigen Voraussetzung des § 64: der Massezugehörigkeit der Sicherungsgegenstände. Auf persönliche Gläubiger, die sich aus massefremden Gegenständen befriedigen können, finde die Vorschrift — argumentum e contrario — aber keine Anwendung. Der klare Wortlaut des Gesetzes verbiete schon, die in § 64 gegenüber der Regelvorschrift des § 3 bestimmte Abschwächung der Konkursbeteiligung auf eine andere Grundlage zu stellen.

Eine erweiternde Auslegung des § 64 lasse sich aber auch nicht aus dem Gesetzeszweck begründen. Gewiß seien es Billigkeitserwägungen, die den Gesetzgeber zu der Vorschrift veranlaßt haben. Aber letzteren dürfe eben nur insoweit Rechnung getragen werden, als ein Konkursgläubiger eine Vorzugsbefriedigung aus bestimmten massezugehörigen Gegenständen in Anspruch nehme. Daß in § 64 eine weitergehende Beschränkung der Regel des § 3 nicht gewollt war, ergebe sich auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Dessen Vorbilder, die preußische KO. vom 8. 5. 1855 und I, 20 § 46 preuß. ALR. gewährten ebenfalls dem Schuldner ein beneficium excussionis nur, insofern er nach Eintritt der Fälligkeit seiner Schuld noch Eigentümer der verpfändeten Sache ist, die Sache also noch zu seinem Vermögen gehört.

3) Es erscheint zweckmäßig, — insbesondere mit Rücksicht darauf, daß die Gutachten bis auf das von Kisch bisher keine Veröffentlichung gefunden haben — bei der Darstellung der verschiedenen Ansichten den auf den vorliegenden Fall abgestellten Gedankengang möglichst beizubehalten und erst in einer abschließenden Schlußbetrachtung zu grundsätzlichen Erörterungen überzugehen.

Schließlich sei auch niemals in der Rechtsprechung oder Rechtslehre die Auffassung laut geworden, daß der Ausfallsgrundsatz des § 64 nicht auf den absonderungsberechtigten Konkursgläubiger zu beschränken, sondern darüber hinaus auf die Fälle auszudehnen sei, in denen ein nichtabsonderungsberechtigter Konkursgläubiger irgendwie und irgendwann auf Kosten der Masse eine Sicherheit für seine Forderung erworben habe. Auch bei den in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu findenden Beispielen der Sicherungsübereignung einer dem Gemeinschuldner am fremden Grundstück zustehenden Grundschuld sei ja nicht ein Vermögensstück eines Dritten (das Grundstück selbst) zu Gunsten des Gläubigers belastet oder gar übertragen worden, sondern die Grundschuld als ein dem späteren Gemeinschuldner, also seiner späteren Konkursmasse zugehöriges Recht. Nirgends finde sich eine Entscheidung, die darauf abstelle, daß ein persönlicher Gläubiger, ohne daß der Sicherungsgegenstand zur Masse gehörte, auf Kosten der Masse ein Sonderbefriedigungsrecht erworben habe. Wohl lasse sich aber aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung der gegenteilige Standpunkt folgern.

Ausschlaggebend sei aber vor allem, daß § 64 gegenüber der Regel des § 3, wonach alle persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners mit ihrer ganzen Forderung an der Konkursmasse anteilsberechtigt sind, eine Ausnahmebestimmung darstelle. Auch RG. Bd. 91/15 spreche ausdrücklich von der „beschränkenden" Vorschrift des § 64; als solche sei sie aber einer ausdehnenden Auslegung und daher auch einer entsprechenden Anwendung nicht zugänglich.

§ 12.

Die Ansicht von Kisch.

Auch Kisch hält grundsätzlich daran fest, daß der Grundsatz der Ausfallshaftung sich nun einmal unzweideutig auf das Absonderungsrecht als solches bezieht und dieses seinem Begriffe nach nur denkbar sei an einem Gegenstand der Masse. Aber selbst, so meint er, wenn man von dem Grundgedanken des Gesetzes ausgehe und als gesetzgeberisches Motiv die Erwägung unterstellen wollte, daß die Anwendbarkeit des Ausfallsgrundsatzes auch schon dann gerechtfertigt sei, wenn die zur Vorzugsbefriedigung berechtigende Sicherheit auf Kosten der Konkursmasse erworben worden sei (gleichgültig, ob der Absonderungsgegenstand zur Konkursmasse gehört oder nicht), entfalle die entsprechende Anwendbarkeit des § 64 zum mindesten hier, da selbst die letztere Voraussetzung im vorliegenden Falle nicht einmal vorliege. Wenn aus Anlaß der Begründung des Pfandrechts zu Gunsten des A der B auf

das eigene verzichtet habe, brauche dadurch die spätere Konkursmasse noch nicht vermindert worden zu sein.

Einmal bedeute die Aufgabe eines Pfandrechts als solche noch keineswegs eine Verminderung des Vermögens des Verzichtenden. Das Pfandrecht habe wirtschaftlich und rechtlich nur die Bedeutung der Sicherstellung eines anderen Vermögenswertes, des schuldrechtlichen Anspruchs. Solange der Schuldner zahlungsfähig sei, bedeute die Aufgabe des Pfandrechts durch den Gläubiger in der Wirkung noch keine Minderung des Vermögens des bisherigen Pfandberechtigten. Demgemäß könne die Aufgabe des Pfandrechts als solche bei Zahlungsfähigkeit des Schuldners als eine Verminderung des Vermögens des Verzichtenden nicht angesehen werden.

Aber selbst wenn eine solche Minderung anzunehmen wäre, würde der Fall nicht gleich oder auch nur entsprechend den Fällen gelagert sein, welche § 64 im Auge habe. Denn diese Minderung wäre nicht die unmittelbare rechtliche Folge eines dem Gläubiger des bisherigen Pfandberechtigten eingeräumten Rechtes an einem Massgegenstand. Der Erwerb jenes Gläubigerrechts beruhe auf einem andern rechtlichen Tatbestand, einem anderen Rechtsgrunde, als der Verlust des Pfandrechts durch B. Der letztere habe zwar aus Anlaß des Pfandrechtserwerbes durch die Klägerin stattgefunden, aber er sei nicht durch diesen bewirkt. Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Forderung des B gegen C zu Gunsten des A verpfändet worden wäre. Hier könne man sagen, daß der Pfandrechtserwerb des A mit einer Verminderung der Rechtsstellung des B in unmittelbarem rechtlichen Zusammenhang gestanden und auf demselben Rechtsgrund beruht hätte.

Sehe man den Grundgedanken des § 64 aber nicht darin, daß auf die Konkursquote des Ausfalls beschränkt sein soll, wer durch den Erwerb seines Befriedigungsrechtes die (nachmalige) Konkursmasse vermindert habe, sondern wer durch die Ausübung dieses Rechtes die (gegenwärtige) Konkursmasse als solche vermindere, so scheide aber auch dann eine entsprechende Anwendung dieses Grundgedankens hier aus. Denn wer ein Befriedigungsrecht an einem massefremden Gegenstand habe, vermindere durch die Ausübung dieses Rechtes die Masse nicht.

Daß aber das wesentliche des Grundgedankens des § 64 in der Verminderung der Konkursmasse durch die Ausübung des Befriedigungsrechtes, also nicht durch dessen Erwerb, zu sehen ist, glaubt Kisch zunächst aus dem Wortlaut der Bestimmung „ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht" in Verbindung mit § 3 (wonach die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger dient), schließen zu müssen; es folge ferner aus ihrem Inhalt, insbesondere der Erwägung, daß nur ein der Konkursmasse zugute kommender Verzicht auf abgesonderte Befriedigung dem Gläubiger das Recht auf verhältnismäßige Befriedigung für seine Gesamtforderung gewähre. Der oben entwickelte Grundgedanke ergebe sich aber auch aus der Entste-

hungsgeschichte des § 64. Die Begründung zum Entwurf der KO. § 57 (entsprechend dem heutigen § 64) spreche von nichts anderem als von der Konkurrenz des Befriedigungsrechtes eines Gläubigers an einem Massegegenstand mit der konkursmäßigen Befriedigung seiner daneben bestehenden Konkursforderung. Mit keinem Worte werde darauf hingewiesen, daß der Grundgedanke des § 64 der sei, das Ausfallsprinzip dort gelten zu lassen, wo das Befriedigungsrecht an einem massefremden Gegenstand auf Kosten der Masse begründet worden sei. Alle Ausführungen ließen vielmehr erkennen, daß es nur darauf ankomme, wie die Ausübung des Befriedigungsrechts auf den Umfang der Konkursmasse wirke. Besonders kennzeichnend seien vor allem folgende Sätze der Begründung auf S. 274: „Der ohnehin gesicherte Absonderungsgläubiger wird zum Nachteil der ohnehin benachteiligten Konkursgläubiger, also doppelt, bevorzugt. Mit Strenge wahrt ihm der Entwurf die unbeschränkte Ausübung[4]) des Absondersrechts. Mit derselben Strenge aber muß er auch in Ausübung seiner Rechte als Konkursgläubiger behandelt werden. .... Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger für solche Forderungen, für welche sie nur gemeinschaftliche Befriedung aus dem ... Vermögen des Gemeinschuldners verlangen können."

§ 13.

Die Ansicht Jaegers.

Im Gegensatz zu der von Mentzel vertretenen Auffassung, wonach § 64 als Ausnahmebestimmung einer entsprechenden Anwendung nicht zugänglich ist, tritt Jaeger für eine Ausweitung der Anwendungsmöglichkeit des Ausfallsgrundsatzes ein. Selbst wenn man in § 64 mit Mentzel eine Ausnahmevorschrift sehen wolle, müsse doch anerkannt werden, daß auch die Ausnahme innerhalb ihres Zweckbereiches einer analogen Behandlung unterworfen ist. Eine ganze Reihe von Gesetzen habe denn auch den Ausfallsgrundsatz nach dem Vorbild des § 35 Abs. 2 Hyp.BankGes. in ähnlich gelagerten Fällen für entsprechend anwendbar erklärt. Schließlich stehe in der Rechtsprechung die entsprechende Anwendbarkeit des Ausfallsgrundsatzes für die durch Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung begründeten Wertrechte seit langem fest. Wenn hier entgegengehalten werde[5]), von einer entsprechenden Anwendbarkeit könne nur für den § 48 die Rede sein, § 64 sei aber „unmittelbar" maßgebend, weil die vom Schuldner sicherungshalber übereigneten

4) Die Hervorhebung des Ausdrucks rührt vom Gutachter her.
5) Mentzel, Gutachten S. 5 ff.

Sachen noch zu seinem Vermögen gehörten, so sei dem gegenüber einfach festzustellen, daß beide Vorschriften notwendig und nebeneinander der Analogie unterlägen.

Auf den Ausfallsgrundsatz und insbesondere den oben erwähnten Fall angewandt, gipfelt die Ansicht Jaegers sodann in dem Satz, daß § 64 aus seinem Schutzzweck heraus überall dort gerechtfertigt sei, wo die zur Vorzugsbefriedigung berechtigende Sicherheit auf Kosten der Konkursmasse erworben worden sei [6]). Wenn der Pfandnehmer, ehe er in Konkurs geriet, Pfand- und Vermögensrechte aufgeopfert habe, um die persönliche Forderung eines Dritten sicherzustellen, dann habe dieser Dritte und nachmalige Konkursgläubiger auf Kosten der nachmaligen Konkursmasse erlangt. Der Schutzzweck des § 64 verlange dann, daß er entsprechend behandelt werde, „wie wenn der Gegenstand der Sonderhaftung zur Konkursmasse gehörte." Da die unter Verzicht auf das eigene Pfandrecht vollzogene Weiterveräußerung für die Konkursmasse noch empfindlicher sei als eine bloße Belastung, sei die Anwendung des Ausfallgrundsatzes hier erst recht gerechtfertigt.

Auf das Gutachten von Kisch eingehend, sucht Jaeger sodann noch zu widerlegen, daß es an einem die entsprechende Anwendung des Ausfallsgrundsatzes rechtfertigenden ursächlichen Zusammenhange fehle, wenn der nachmalige Gemeinschuldner im Pfandrecht wie im Recht der Weiterverpfändung Zugriffswerte aufopfert und damit für einen persönlichen Gläubiger eine Sonderdeckung erkauft. Freilich bilden Verzicht auf das eigene Pfandrecht und Bestellung eines neuen für eine andere Schuld verschiedene Rechtsgeschäfte, beide Vorgänge verbinde aber das einheitliche Ziel einer Auswechslung der gesicherten Forderungen zu einer Einheit.

§ 14.

Die Entscheidung des ehemaligen Obersten Gerichtshofes des Saargebietes vom 8. 11. 1932 (3 U. 152/32) [7]).

Unter Anlehnung an das Rechtsgutachten von Jaeger spricht sich der Oberster Gerichtshof zunächst aus denselben Gründen für die grundsätzliche Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung des Ausfallsgrundsatzes innerhalb seines Zweckbereiches aus. Maßgebend sei dabei der Gesichtspunkt, daß wirtschaftlich ähnliche Situationen auch rechtlich gleich behandelt werden sollen. Unter Übernahme der Ausführungen Kisch's stellt er sodann fest, daß nach dem wirtschaftlichen Grundgedanken des § 64 auf den Ausfall be-

6) So auch Jaeger, in Komm. 6. und 7. Aufl., § 64 Anm. 11.
7) Im folgenden kurz „Oberster Gerichtshof" genannt.

schränkt werden solle, nicht wer die zur Vorzugsbefriedigung berechtigende Sicherheit auf Kosten der nachmaligen Konkursmasse erworben habe, sondern wer durch die Verwertung dieses Rechtes die Masse schmälere. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 64 sei dabrum überall dort zuzulassen, wo die Verwertung des dem einzelnen Konkursgläubiger eingeräumten Vorzugsrechtes sich auf Kosten der Konkursmasse abspiele, ohne daß der Gegenstand, an dem das Vorzugsrecht begründet sei, (wie im Falle der Sicherungsübereignung) mit seinem Eigentum zur Konkursmasse gehöre. Das Vorliegen dieser Voraussetzung wird für den vom Obersten Gerichtshof entschiedenen Fall angenommen. B sei, so meint das Gericht, im Vollgenuß seiner Forderung gegen C und auch weiterhin Pfandgläubiger und Verfügungsberechtigter bezüglich der Aktien geblieben, da kein Anhaltspunkt dafür vorliege, daß B auf diese Rechte verzichtet hätte und die Herausgabe des Pfandes an A das Erlöschen des Pfandrechts des B nicht zur Folge habe (§§ 1255, 1253 BGB.). B habe aber zum Zwecke und in den Grenzen der Sicherung des A für dessen Forderung an ihn diesem gegenüber das Recht auf Verwertung der Aktien aufgegeben; er sei zu Gunsten des A zurückgetreten, indem er ihm die Aktien wie eigene verpfändete. Andererseits habe A die Aktien nach seiner Befriedigung an B herauszugeben mit der Folge, daß letzterer wieder in den Vollgenuß seiner Rechte am Pfandgegenstand trete (§ 1223 BGB.). Wenn demnach A in einem Konkurse des B auf Grund der ihm eingeräumten begrenzten Vorzugsstellung die Aktien verwertete und zu Geld machte, so müßte dies, da B sich seiner Rechte an den Aktien nicht endgültig begeben habe, auf Kosten der zur Verfügung der Konkursgläubiger stehenden Masse erfolgen.

§ 15.

Kritische Stellungnahme zu den bisherigen Lösungsversuchen.

Was zunächst die oben wiedergegebenen allgemeinen Ausführungen Mentzels über die Unmöglichkeit einer grundsätzlichen Ausweitung des Ausfallgrundsatzes auf ähnlich gelagerte Fälle betrifft, so kann ihm insoweit nicht gefolgt werden. Richtig ist es zwar, wenn er unter Ablehnung der diesbezüglichen Erörterungen Jaegers hervorhebt, daß eine Analogie nicht auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung über die Anwendung des § 64 auf die Fälle der Sicherungsübereignung und -Abtretung begründet werden könne. Wenn auch das Reichsgericht von einer „entsprechenden" Anwendung des § 57 (jetzt § 64) bei der Sicherungsübereignung spricht, so z. B. in RGZ. 24/45, so geht aber doch — wie bereits früher hervorgehoben

worden ist — aus der weiteren Begründung klar hervor, daß die Sicherungsübereignung als ein Absonderungsrecht der Verpfändung gleichgestellt wird. In der Tat ist sie auch nichts anderes als ein in eine andere rechtliche Form gegossenes Pfandrecht. Die spätere Rechtsprechung des Reichsgerichts [8]) spricht denn auch klar aus, daß die Sicherungsübereignung im Konkurse des Sicherungsübereigners ein Absonderungsrecht begründet. Dann liegt aber die Voraussetzung des § 64 vor, § 64 ist also unmittelbar anwendbar. Wenn demgegenüber Jaeger [9]) einwendet, daß beide Vorschriften § 64 und § 48, begriffsnotwendig und nebeneinander der Analogie unterliegen, so bedeutet das zumindesten für den Fall der Sicherungsübereignung keine Widerlegung. Wenn § 64 hierauf unmittelbar angewandt werden kann, bedarf es natürlich einer entsprechenden Anwendung der gleichen Vorschrift nicht mehr.

Aber selbst wenn man mit Jaeger und den älteren Entscheidungen des Reichsgerichts von einer „entsprechenden" Anwendung des § 64 auf den Fall der Sicherungsübereignung sprechen wollte, folgt daraus keineswegs die Möglichkeit der Analogie. Denn beide Tatbestände sind wesentlich voneinander verschieden. Auch bei den vom Reichsgericht entschiedenen Fällen besteht das Recht des Vorzugsberechtigten immerhin noch an einem Gegenstand, der trotz Vollübertragung zur Sicherheit, wirtschaftlich weiterhin zur Masse gehört; im vorliegenden Fall jedoch nicht. Der Hinweis auf die Sicherungsübereignung muß daher als Argument für eine entsprechende Ausweitungsmöglichkeit des Ausfallsgrundsatzes entfallen.

Abgesehen hiervon wird man jedoch sagen müssen, daß jede Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung vor allem davon ausgehen muß, daß deren Zweck und Ziel nur sein kann, eine vernünftige Ordnung der Lebensverhältnisse zu geben. Das muß auch von den konkursrechtlichen Vorschriften gelten. Auch sie können nun einmal nicht die vielgestaltigen Fälle des praktischen Lebens restlos erfassen. Es müssen immer Lücken bleiben, die im Einzelfall zu für unser heutiges Rechtsempfinden unerträglichen Härten führen können. Daraus ergibt sich, daß auch konkursrechtliche Vorschriften, und selbst wenn sie Ausnahmevorschriften darstellen, nicht formalistisch ausgelegt werden dürfen und grundsätzlich für sie weder eine einengende Auslegung geboten noch eine entsprechende Anwendung verboten sein kann. Es gilt vielmehr, in jedem einzelnen Falle den Zweck und wirtschaftlichen Grundgedanken der betreffenden Bestimmung klarzustellen und sie dann innerhalb dieser Grenzen auf ähnlich gelagerte Fälle anzuwenden oder wie das Reichsgericht[10]) es ausgedrückt hat, „die Grundprinzipien des Gesetzes zutage zu fördern und auf die im Leben hervortretenden, im Gesetz nicht besonders hervorgehobenen unter dasselbe Prinzip fallenden Fälle an-

8) RGZ. 91/14; 118/209.
9) II. Gutachten S. 3.
10) RGZ. 24/46.

zuwenden, namentlich aber nicht zu dulden, daß im öffentlichen Interesse wurzelnde Rechtsprinzipien in ihrer lebendigen Wirkung ... gelähmt werden durch Rechtsakte, welche (trotz Verschiedenheit in der juristisch-technischen Form) im wesentlichen dasselbe sachliche Resultat erzwangen". Den Fall des § 64, bei welchem der Gläubiger, der durch Ausübung seines Vorzugsrechtes an einem zur Masse gehörigen Gegenstand die Konkursmasse vermindert, nicht aus derselben Masse konkursmäßige Befriedigung seiner vollen schuldrechtlichen Forderung verlangen darf, und den hier vorliegenden Fall wird man jedoch im Endergebnis — und das dürfte das Ausschlaggebende sein — wirtschaftlich als gleichgelagert ansehen müssen, sofern in letzterem ebenfalls eine wenn auch nur wirtschaftliche Minderung der Konkursmasse festgestellt werden müßte[11]). Mentzel hätte sich daher nicht mit der Feststellung begnügen dürfen, daß selbst nach dem Gesetzeszweck eine Analogie schon bei dem Fehlen einer rein formalen Massezugehörigkeit entfällt, sondern hätte der Frage nach einer wirtschaftlichen Minderung der Konkursmasse nähertreten müssen.

Die Ansicht von Kisch krankt daran, daß sie m. E. zu Unrecht eine Minderung der Konkursmasse durch die Aufgabe des dem Konkursgläubiger zustehenden Vorzugsrechtes nicht anerkennen will, solange der Schuldner der Forderung noch zahlungsfähig ist. Das Pfandrecht hat zwar wirtschaftlich und rechtlich zunächst nur die Bedeutung der Sicherstellung der schuldrechtlichen Forderung und der Wert einer Forderung wird in erster Linie zwar durch die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit der verpflichteten Person bestimmt. Im Geschäftsverkehr wird die Bewertung einer Forderung jedoch nicht allein auf die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit des Schuldners abgestellt. Selbst wenn die letzteren Voraussetzungen vorliegen, wird einer Forderung mit einer sachenrechtlichen Unterlage trotzdem ein viel höherer Wert beigemessen; und dies kommt nicht allein daher, daß im Fall der Zahlungsunfähigkeit noch ein Haftungsobjekt da ist, sondern daß eine gedeckte Forderung, wirtschaftlich gesehen, oft bedeutend leichter abtretbar ist. Man kann also nicht allgemein sagen, daß die Aufgabe des Pfandrechts bei Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht als eine Verminderung des Vermögens des Verzichtenden angesehen werden könne.

Wenn Kisch[12]) sodann behauptet, daß selbst bei Annahme einer Vermögensminderung diese auf jeden Fall nicht durch den Erwerb des Pfandrechts auf Seiten des A entstanden sei, weil letzterer auf einem anderen rechtlichen Tatbestand beruhe als dessen Verlust, und nur aus Anlaß des Pfandrechtserwerbes durch A stattgefunden habe, so kann ihm auch insoweit nicht gefolgt werden.

Zugegeben werden mag allerdings, daß die Vermögensminderung nicht die unmittelbare rechtliche Folge des dem A ein-

---

11) Ob dies der Fall ist, soll weiter unten untersucht werden.
12) I. Gutachten, S. 10.

geräumten Pfandrechts ist. Daß aber allein deswegen schon jede Kausalität im Rechtssinne zwischen dem Pfandrechtserwerb und der Masseverminderung entfallen sollte, wird man nicht behaupten können. Man wird sich auch hier an die Grundsätze halten müssen, die für das übrige Rechtsleben zur Feststellung eines adäquaten und damit rechtlich erheblichen Kausalzusammenhangs gelten [13]). Es ist also davon auszugehen, daß ein ursächlicher Zusammenhang im Rechtssinn lediglich dann nicht als gegeben angesehen werden kann, wenn „das als Wirkung anzusprechende Ereignis nur unter Mitwirkung anderer selbständiger Ereignisse zustandegekommen ist, deren Eintritt nach menschlicher Erfahrung über den naturgemäßen und gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht in der allgemeinen Richtung der Wirkungen gelegen hat, die durch das als Ursache anzusprechende Ereignis ausgelöst werden konnten" [14]). In anderen Entscheidungen des Reichsgerichts [15]) findet sich die Formulierung, daß die nur mittelbare (durch Vermittlung anderer Ereignisse) eingetretene Folge nicht in einem so losen oder entfernten Zusammenhang mit dem als Ursache in Anspruch genommenen Ereignis stehen dürfe, daß dieser Zusammenhang nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden könne. Es genüge daher, wenn der Eintritt des Schadens (der Vermögensminderung) durch die als Ursache angesprochene Handlung in einer ihr gemäßen Richtung gefördert oder begünstigt worden sei.

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Der nachmalige Gemeinschuldner hat ein Pfandrecht aufgeopfert und damit für einen persönlichen Gläubiger eine Sonderdeckung erkauft. Sein Verzicht [16]) auf das Pfandrecht hatte nur den Zweck, dem Pfandrecht des A einen stärkeren wirtschaftlichen Wert zu verschaffen. Die Neubegründung des Pfandrechts in der Hand des A ist zwar durch den Verzicht des B nicht erst möglich geworden, sie hat aber nur durch ihn die wirtschaftliche Bedeutung bekommen, die die Parteien erreichen wollten. Die Entstehung des Pfandrechts wie die Parteien es wollten, ist also durch die Minderung der Konkursmasse (durch den Verzicht des B auf sein Pfandrecht) mitverursacht worden; zum mindesten jedoch ist sie dadurch wesentlich gefördert und begünstigt worden.

Anders, aber auch zu billigen, ist die Widerlegungsmöglichkeit, die Jaeger [17]) gefunden hat, wenn er meint, die Einheitlichkeit des Zieles erweise den inneren Zusammenhang zwischen der Aufgabe eigener beschlagfähiger Rechte und der Sicherung des A, sie ver-

---

13) Vgl. hierüber RGRKomm. 8. Aufl., Erl. 3 vor § 249 S. 409 ff. nebst Nachweisen.

14) RGRKomm. Anm. 3 vor § 249.

15) RG. Seuff. Arch. 64 Nr. 7, RGZ. 78/272; RG. in JW. 1910/650.

16) Ein solcher wird hier von Kisch angenommen und mag darum, wenigstens einstweilen, auch hier unterstellt werden.

17) Vgl. II. Gutachten S. 6.

binde beide Vorgänge zu einer Einheit und schaffe damit den ursächlichen Zusammenhang.

Beide Male stellt auf jeden Fall der Gesamtvorgang einen Erwerb des neuen Pfandrechts auf Kosten des alten Gläubigers dar, beide Male rechtfertigt sich darum eine entsprechende Anwendbarkeit des Ausfallgrundsatzes, sofern man davon ausgeht, daß der Grundgedanke des § 64 es auf den Erwerb des Pfandrechts abstellt[18])[19]).

Bei dem Gutachten Jaegers können die allgemeinen Ausführungen über die Analogie — wenn auch im Ergebnis zu billigen — so doch in der Begründung nicht ganz kritiklos hingenommen werden. Daraus, daß eine Reihe von Gesetzen, wie z. B. § 35 Hyp.Bank-Ges., § 15 des Ges. vom 18. 7. 1925 bzw. 28. 11. 1925, § 61 Abs. 3 VAG., § 7 a Dep.Ges. in der Fassung vom 21. 11. 1923 den Grundgedanken des § 64 in ähnlich gelagerten Fällen für entsprechend anwendbar erklärt haben, folgt noch nicht, daß eine solche entsprechende Anwendung nun auch ohne gesetzliche Übertragungsnorm statthaft wäre. Das Gegenteil ist der Fall! Wenn eine jener ausdrücklichen gesetzlichen Übertragungsnormen fehlen würde, so würde kein Gericht jemals wagen, die rechtliche Behandlung wie sie z. B. in § 35 Abs. 2 Hyp.BankGes. enthalten ist, allein aus der Erwägung auf ähnliche Fälle abzuleiten, daß der Grundsatz des § 64 ja schon in anderen Gesetzen für dessen Machtbereich für entsprechend anwendbar erklärt worden ist.

Auch die Bezugnahme darauf, daß in der Rechtsprechung die entsprechende Anwendbarkeit des Grundsatzes der Ausfallshaftung für die durch Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung begründeten Wertrechte seit langem feststehe, schlägt nicht durch. Der Rechtsprechung fehlt m. E. gerade bei den die Stellung der Sicherungsübereignung im Konkurs betreffenden Entscheidungen immer noch die notwendige innere Geschlossenheit. Zu den ständigen Formeln der älteren reichsgerichtlichen Judikatur gehört zwar, wie bereits hervorgehoben, der Satz, daß „sich die entsprechende Anwendung des § 64 rechtfertige". Aber mit dieser Formel ist es nicht getan. Die dafür gegebene Begründung läuft immer wieder darauf hinaus, daß eine entsprechende Anwendung des § 48 auf die Sicherungsübereignung gerechtfertigt ist. Dann erübrigt sich aber — wie gesagt — eine analoge Anwendung des § 64.

Es ist das Verdienst Mentzels[20]) hierauf als erster hingewiesen zu haben. Auf den Fall der Sicherungsübereignung findet § 64 nicht entsprechende, sondern unmittelbare Anwendung. Die späteren Entscheidungen des Reichsgerichts[21]) sprechen denn auch nicht mehr

---

18) Vgl. Jaeger, Gutachten, S. 7 u. Komm, 6/7. § 64 Anm. 11.

19) Die übrigen Angriffsmöglichkeiten, die das Gutachten Kisch bietet, sind, um Wiederholungen zu vermeiden, in der Darstellung meines Lösungsversuches berücksichtigt worden.

20) Gutachten, S. 5 ff.

21) RGZ. 91/15.

von einer „entsprechenden" Anwendung des § 64, sondern sagen richtig, daß er zur Anwendung kommen muß. Die Rechtsprechung zeigt also bestenfalls das Bild einer sich stets verbessernden, noch unfertigen Entwicklung und ist alles andere als fest.

Das Gutachten Jaegers wie das von Mentzel geht sodann m. E. nicht von dem richtigen dem § 64 zugrundeliegenden Rechtsgedanken aus. Richtig ist es zwar, wenn Jaeger[22]) behauptet, der Ausfallsgrundsatz entspreche einem Gebote billiger Rücksichtnahme auf die Allgemeinheit der Konkursgläubiger. Diese treffe es schon hart genug, daß ein Absonderungsberechtigter für seine volle Forderung vorweg auf Kosten der Konkursmasse Befriedigung aus einem Gegenstand der Konkursmasse suchen darf. Es wäre darum unbillig, ihn auch hinsichtlich der persönlichen Forderung auf Kosten der gleichen Konkursmasse voll zum Zuge kommen zu lassen. Das will § 64 verhüten. Aus diesem Schutzzweck muß gefolgert werden, daß der Ausfallsgrundsatz überall dort gerechtfertigt ist, wo die zur Vorzugsbefriedigung berechtigende Sicherheit auf Kosten der Konkursmasse verwertet werden kann. Der Grundgedanke des § 64 ist also nicht, wie Jaeger und Mentzel meinen, der, daß auf die Konkursquote des Ausfalls beschränkt sein soll, wer durch den Erwerb seines Befriedigungsrechtes die Konkursmasse vermindert hat, sondern wer durch dessen Ausübung eine Masseminderung herbeiführt. Es wäre auch unverständlich, wenn der Gesetzgeber, der es in § 64 hinsichtlich der persönlichen Forderung auf die Befriedigung abstellt, hinsichtlich des diese Forderung sichernden Vorzugsrechtes auf einmal den Erwerb als maßgebend ansehen wollte. Daß der Grundgedanke des § 64 nicht letzteren für ausschlaggebend hält, folgt schon aus dem Wortlaut der Bestimmung. Dort heißt es „ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht ..." und nicht etwa „ein Gläubiger, welcher ein Absonderungsrecht erwirbt ..." Es spricht ferner dafür die Erwägung, daß nur ein der Konkursmasse zugute kommender Verzicht auf abgesonderte Befriedigung dem Gläubiger das Recht auf verhältnismäßige Befriedigung für seine Gesamtforderung gewährt und zuletzt die Entstehungsgeschichte des § 64, insbesondere die Begründung zum Entwurf einer KO. § 57 (entsprechend dem heutigen § 64). Dessen bereits an anderer Stelle[23]) zitierte Seite 274 spricht verschiedentlich mit Nachdruck von der Ausübung des Absonderungsrechts. Die ganzen Ausführungen der Begründung lassen sowohl ihrem Wortlaut wie ihrem Zusammenhang nach erkennen, daß es nur darauf ankommen kann, wie die Ausübung des Befriedigungsrechtes auf die Konkursmasse wirkt[24]). Wenn Jaeger[25]) demgegenüber allein auf den Erwerb des Befriedigungsrechtes abstellen will, so steht er insoweit im Widerspruch mit den von ihm

22) § 64 Anm. 9, (6. und 7. Aufl.); I. Gutachten S. 3.
23) Vgl. S. 25 dieser Abhandlung.
24) So auch Kisch, II. Gutachten S. 6.
25) § 64 Anm. 9, (6. und 7. Aufl.); Lehrbuch 8. Aufl. § 17 Anm. 4.

bisher und auch in der neuesten Auflage (6. und 7.) seines Kommentars über Zweck und Inhalt des § 64 gemachten Ausführungen. Denn hier[26]) sagt er selbst: die „ungünstige Lage (der anderen Konkursgläubiger) würde ganz empfindlich verschlimmert, wenn der ohnehin bevorzugte Absonderungsgläubiger für seine volle Forderung das Pfand und die allgemeine Masse nebeneinander in Anspruch nehmen dürfte“[27]). Jaeger sagt nicht„ erwerben dürfte“.

Die Eigenart des von dem ehemaligen Saarländischen Gerichtshofe entschiedenen Falles liegt in der Ermächtigung des Pfandnehmers, über das Pfand frei wie ein Eigentümer zu verfügen, und es auch noch für andere Zwecke als zur Deckung der eigenen Forderung auszunutzen. Während nun Mentzel[28]), Kisch[29]) und auch Jaeger[30]) daraus auf einen Verzicht auf das Pfandrecht durch den Gemeinschuldner schließen zu können glauben, geht der ehemalige Saarländische Oberste Gerichtshof[31]) davon aus, daß B Pfandgläubiger geblieben ist und nur das Recht auf etwaige Verwertung der Aktien aufgegeben habe.

Der vorliegende Tatbestand ergibt keinen Anhaltspunkt dafür, was von den Beteiligten gewollt war. Da die beiden Auslegungsarten aber zu ganz verschiedenen Rechtsvorgängen führen, hätten folgerichtig beide Möglichkeiten nach ihrer Rechtswirksamkeit und vor allem ihrer Wirkung auf die Konkursmasse untersucht werden müssen und nicht eine der Möglichkeiten einfach unterstellt werden dürfen. Daran kranken sämtliche bisher gemachten Lösungsversuche. Wenn Kisch[32]) in seiner Kritik an der Urteilsbegründung des ehemaligen Saarländischen Gerichtshofes meint, daß der von den Parteien zweifellos gewollte Vorzug des A dem B gegenüber in wirksamer Weise nur durch Verzicht des B auf sein Pfandrecht geschaffen werden konnte, so wird durch diese Erwägung sein von ihm auf einseitiger Unterstellung aufgebauter Lösungsversuch nicht gerechtfertigt. Es ist zwar Sache der Auslegung auch aus dem wirtschaftlichen Zweck der Vereinbarung das eigentliche, den Parteien vorschwebende Ziel zu ergründen und die hierauf gerichtete Absicht den eigentlichen Vereinbarungen gegenüber ergänzend[33]) oder be-

---

26) § 64 Anm. 9.

27) Die Hervorhebung rührt vom Verfasser her.

28 Gutachten, S. 1: „Von der Ermächtigung hat B in der Art Gebrauch gemacht, daß er die Aktien unter Verzicht auf das eigene Pfandrecht zur Sicherheit einer Forderung des A gegen ihn in Pfand gab“.

29) Judicium S. 321 ff.: „Es mußte B bei Verpfändung der Wertpapiere des C zu Gunsten des A auf das eigene Pfandrecht an diesen verzichten.“

30) Gutachten S. 3 ff.: „Mit der Einwilligung des Eigentümers sind die B verpfändeten Aktien von ihm unter Aufgabe seines Pfandrechts an A verpfändet worden . . . Die unter Verzicht auf das eigene Pfandrecht vollzogene Weiterverpfändung . . .“

31) Vgl. S. 48.

32) Judicium. S. 321 ff. am Ende.

33) Anerkannt in RGZ. 59/919; 60/654; 67/434; 87/113 u. a.

richtigend[34]) zur Geltung zu bringen[35]). Wie aber weiter unten (S. 37) zu zeigen sein wird, konnte die von den Parteien gewollte Bevorzugung des A nicht allein durch einen Verzicht des B auf sein Pfandrecht erreicht werden. Dann durfte letzterer aber auch nicht ohne weiteres unterstellt werden; denn die Ergänzung führt sonst zur Annahme eines Willens, der in den Parteienerklärungen nicht mehr gefunden werden kann, ja u. U. mit der Absicht der Parteien in Widerspruch steht.

Die Entscheidung des ehemaligen Saarländischen Gerichtshofes meint ferner, die von den Parteien getroffene Regelung liege ähnlich wie im Falle der Sicherungsübereignung oder an einer anderen Stelle, die Verwertung des Vorzugsrechtes spiele sich auf Kosten der Konkursmasse ab, ohne daß der Gegenstand, an dem das Vorzugsrecht begründet ist, (wie im Falle der Sicherungsübereignung)[36]) mit seinem Eigentum zur Konkursmasse gehört[37]). Sie beachtet dabei nicht, daß der Hinweis auf die Sicherungsübereignung nicht als Argument für eine entsprechende Ausweitung des Ausfallsgrundsatzes angeführt werden kann. Auf den Fall der Sicherungsübereignung hat, wie bereits mehrfach hervorgehoben wurde, § 64 unmittelbare Anwendung zu finden.

§ 16.

Eigene Ansicht.

Die Richtung meines Lösungsversuches ist bereits durch die vorhergegangenen Erörterungen in großen Zügen vorgezeichnet.

Entsprechend den bisherigen Ausführungen wird man eine Ausweitung des Ausfallsgrundsatzes auch auf Fälle zulassen müssen, in denen wegen des nur an einem massefremden Gegenstand bestehenden Vorzugsrechtes zwar formalrechtlich gesehen eine Minderung der Konkursmasse fehlt, wo aber im Endergebnis doch eine wirtschaftliche Wertminderung der Konkursmasse auf Kosten der übrigen Konkursgläubiger festzustellen ist. Denn auch hier rechtfertigt sich die Anwendung des dem § 64 zugrundeliegenden Schutzgedankens. Demgegenüber kann man nicht einwenden[38]), die Vorschrift des § 64 beziehe sich nun einmal unzweideutig auf das Absonderungsrecht als solches und dieses sei seinem Begriffe nach nur denkbar an einem Gegenstand der Masse. Wenn man eine Analogie des § 64 grundsätzlich bejaht, — und das tut ja auch Kisch, (wenn auch zu Unrecht für den Fall der Sicherungsübereignung) — so wird man immer formalrechtliche Abstriche an dem wirtschaftlich gleichgelager-

34) Vgl. RGZ. Seuff. Arch. 60/191 ff.
35) Enneccerus I, § 192, Anm. II.
36) Die Hervorhebung rührt vom Verfasser her.
37) Vgl. S. 48.
38) Kisch, a.a.O., S. 8.

ten Fall, auf den die Regelvorschrift angewandt werden soll, machen müssen. Wenn man das nicht will, so kann man auch nicht von einer entsprechenden Anwendung reden; denn wenn alle Voraussetzungen des Regelfalles vorliegen, kommt ja nicht mehr eine entsprechende, sondern eine unmittelbare Anwendung in Betracht.

Um nun feststellen zu können, ob eine wirtschaftliche Minderung der Konkursmasse zum Nachteil der Gesamtheit der Konkursgläubiger vorliegt, muß klargestellt werden, ob sie durch den Erwerb oder die Verwertung des Vorzugsrechtes eingetreten sein soll. Insoweit ist, wie wir gesehen haben, den Ausführungen Kisch's und dem ehemaligen Saarländischen Obersten Gerichtshof folgend, auf die Ausübung des Befriedigungsrechtes abzustellen. Ob und vor allem inwieweit eine wirtschaftliche Wertminderung der Konkursmasse durch die Ausübung des Vorzugsrechtes durch A eingetreten ist, beantwortet sich verschieden, je nachdem ob man einen Verzicht des B auf sein Pfandrecht oder lediglich ein Zurücktreten mit seinem Vorzugsrecht zu Gunsten des A annimmt.

Unterstellt man mit den Gutachtern, daß B die Aktien des C unter Verzicht auf das ihm daran zustehende Pfandrecht zur Sicherung der Forderung des A gegen ihn diesem in Pfand gab, so ist durch die Verwertung des Pfandes in der Hand des A die Konkursmasse zweifellos vermindert worden. Zwar konnte die nach Konkurseröffnung erfolgte Realisierung die Konkursmasse nicht mehr um das Pfandrecht mindern, da ja in diesem Zeitpunkt dem B ein Pfandrecht an den Wertpapieren des C nicht mehr zustand. Das mag Kisch[39]) ohne weiteres zugegeben werden. Durch die Verwertung der nicht dem Verpfänder B, sondern nach wie vor dem C gehörenden Wertpapiere gilt aber der neue Pfandgläubiger A als durch den Eigentümer C befriedigt; (§ 1247 BGB.) und soweit der Gläubiger befriedigt ist, gilt zugleich die Forderung als vom Eigentümer C berichtigt und der Schuldner B wurde insoweit befreit (§ 267 BGB.). Der dadurch zu Schaden gekommene Eigentümer hat aber dafür ipso iure gegen letzteren einen Anspruch erworben, mag man nun mit der einen Lehrmeinung[40]) einen Bereicherungsanspruch annehmen und dessen Berechtigung daraus schließen, daß das Gesetz hier eine besondere Vorschrift für weitere besondere Folgen nicht aufstellt oder mag man sich mit anderen[41]) für einen Übergang der Forderung des A gegen B auf den Eigentümer C nach den §§ 1249, Satz 2, 268 Abs. 3 BGB. entscheiden. In beiden Fällen ist jedenfalls die Konkursmasse durch die wirtschaftliche Belastung mit einer Forderung auf Kosten der Konkursgläubiger vermindert worden.

---

39) a.a.O., S. 9.

40) Staudinger, Komm. § 1247 Anm. 1.

41) Planck, 4. Aufl., § 1247 Anm. 3; Biermann § 1247 Erl. 2 a; Endemann II, § 140 Anm. 20; Gierke, Sachenrecht S. 990; Emmerich, S. 348 ff. und S. 374.

Als weitere Folge der Pfandverwertung wird ferner auch die Forderung des B gegen C zum Erlöschen gebracht, sei es unmittelbar, sei es im Wege der Aufrechnung, indem nämlich C seine Ansprüche gegen B auf Wertersatz für die ihm entzogenen Papiere gegen die eigene Schuld an B kompensieren kann. Mag man auch die letztere Folge nicht mehr als durch die Verwertung des Pfandes adäquat verursacht ansehen, jedenfalls steht die Entstehung der Forderung des C gegen B mit der Pfandverwertung noch in derart engem Zusammenhang, daß sie als Wirkung der Verwertung angesehen werden muß. Letztere bewirkt zwar unmittelbar auch eine Vermögensminderung des Eigentümers der Papiere, ebenso unmittelbar und adäquat ist aber die wirtschaftliche Belastung des B mit der in demselben Augenblick ipso iure entstehenden Forderung des C gegen ihn.

Man wird nicht einwenden können, diese Vermögensminderung sei ja durch den Vorteil ausgeglichen, daß dem Verlust am aktiven Massebestand eine entsprechende Verminderung der Passiven (nämlich der Schuld des B gegen A) gegenüberstehe. Mit derselben Begründung wäre die Anwendbarkeit des § 64 dann jedesmal ausgeschlossen, wenn jemand dem späteren Gemeinschuldner ein Darlehen gegen Sicherheit gewährt oder gar, wenn ihm kraft Gesetzes irgendwelche Forderungen zufließen. Das ist aber wohl nicht der Wille des Gesetzgebers. Der Ausfallsgrundsatz rechtfertigt sich m. E. gerade auch dadurch, daß der Konkursmasse bestimmte Vermögenswerte verloren gehen, wodurch eine Bevorzugung eines Konkursgläubigers erkauft worden ist. Das ergibt sich schon zweifelsfrei aus dem Inhalte des Gesetzes. Der Wert des Absonderungsrechtes beruht gerade in der Haftung eines bestimmten Gegenstandes auf eine bestimmte Wertsumme, die der bevorrechtigte Konkursgläubiger aus diesem Gegenstande beitreiben darf. Insoweit er bei der Verwertung dieses Gegenstandes ausgefallen ist, muß er sich hinsichtlich der persönlichen Forderung mit dem Ausfall begnügen. Der Gesetzgeber hätte ebenso auch die Regelung treffen können, daß der Ausfall bei der Befriedigung aus irgend einem Gegenstand der Masse wieder bei irgend einer Forderung (sei es nun der der Sicherheit zugrundeliegenden oder einer anderen) desselben Gläubigers Berücksichtigung zu finden habe. Das hat er nicht getan. Es kommt ihm also schon darauf an, daß nicht ein bestimmter Gegenstand der Masse einem Konkursgläubiger zur Sonderdeckung dient; und das ist ja auch selbstverständlich für ein Konkursverfahren, also ein Schuldenabwicklungsverfahren, bei dem mehr also sonstwo gerade die wirtschaftlichen Momente eine Rolle spielen, und wo man nicht allgemein wird sagen können, daß selbst bei gleicher Höhe eine Forderung gleich der anderen ist.

Der Verlust bestimmter Vermögenswerte kann aber niemals ausgeglichen werden, selbst wenn dafür eine gleichwertige Gegenleistung in die Masse gelangt. Man wird daher hier nicht die Grund-

sätze der Rechtsprechung über die Vorteilsausgleichung nach bürgerlichem Recht anwenden dürfen. Es gibt zudem auch keinen allgemeinen Rechtssatz, der hier eine Vorteilsausgleichung gebietet.

Folgt man dem ehemaligen Saarländischen Gerichtshof und geht davon aus, daß B Pfandgläubiger und Verfügungsberechtigter bezüglich der Aktien geblieben und nur zu Gunsten des A mit seinem Recht auf Verwertung zurückgetreten ist, „da kein Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß B auf diese Rechte verzichtet hätte“ [42]), so wird man ebenfalls eine wirtschaftliche Verminderung der Konkursmasse durch die Verwertung der Wertpapiere in der Hand des A feststellen müssen.

Dadurch, daß der nachmalige Gemeinschuldner dem Konkursgläubiger zuliebe mit der Verwertung des ihm gebliebenen Pfandrechts stillhält, erfolgt die Pfandverwertung durch den Konkursgläubiger A auf Kosten der Befriedigungsmöglichkeit desB. Unerheblich ist es m. E., wenn Kisch [43]) in diesem Zusammenhang hervorhebt, eine solche Rangänderung zwischen zwei Pfandrechten sei mit dinglicher Wirkung nur bei der Verhaftung von Immobilien möglich; nicht richtig ist es m. E. sogar, wenn er weiter sagt, eine solche Vereinbarung mit lediglich obligatorischer Wirkung könne gerade im Konkurs nicht die von den Parteien gewollte Bevorzugung des A schaffen und nicht zum Ziele führen, weil ja trotzdem B weiterhin berechtigt wäre, sein Pfandrecht, das ja nach vie vor den besseren Rang habe, vor dem des A geltend zu machen. A könnte höchstens unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes eine Konkursforderung zustehen. Richtig ist allerdings, daß das BGB. auf dem Gebiete des Mobiliarpfandrechts einen dinglichen Vertrag über die Einräumung eines Rangvorbehaltes oder nachträgliche Rangänderung bei mehreren Pfandrechten nicht kennt [44]). Da es allgemein geltender Grundsatz des BGB. ist, daß nur diejenigen dinglichen Verträge geschlossen werden können, die es ausdrücklich anerkannt hat, so sind sogar die beiden genannten Verträge ungültig. Ihrer obligatorischen Wirksamkeit steht aber nichts im Wege. Dies genügt hier auch vollkommen. Gerade weil der zwischen A und B getroffenen Abmachung lediglich obligatorische Wirkung zukommt, sie also den übrigen Konkursgläubigern gegenüber unerheblich bleibt, ist für sie die Verwertung des nach wie vor dem Gemein-

---

42) Vgl. S. 48.

43) a.a.O., S. 332.

44) So auch Enneccerus-Lehmann II, S. 346; Planck § 1209 Anm. 1 a; Endemann 899; Biermann § 1209 A. 3. Grundmann (Eigentümerpfandrecht S. 38 ff.) nimmt an, der Eigentümer könne einen, wenn auch obligatorischen Vertrag über Rangvorbehalt derart abschließen, daß nach Bestellung des vorbehaltenen Pfandrechts dieses den anderen inzwischen bestellten vorginge. Ein derartiges Ergebnis setzt aber einen dinglich wirksamen Vertrag voraus, ein obligatorischer Vertrag kann nicht die dinglichen Wirkungen einer Rangänderung bezw. eines Rangvorbehaltes erzeugen. — Makower, S. 366 V d3 hält anscheinend einen dinglich wirksamen Vertrag zwischen zwei Pfandgläubigern über Rangänderung ihrer Rechte für möglich.

schuldner gehörenden Pfandrechts (und zwar auch dem alten Range nach) durch den nichtberechtigten A eine Minderung der Konkursmasse zu Gunsten des A. Und das ist ja das Entscheidende, daß objektiv gesehen, die Vorzugsbefriedigung einzelner auf Kosten der Konkursmasse erfolgt. Daß im Verhältnis zwischen A und B ersterer zur Verwertung berechtigt war, schließt nicht aus, daß sie im Verhältnis zur Allgemeinheit der Konkursgläubiger dennoch eine Minderung der Masse ist. Auf die Gesamtheit der Konkursgläubiger kommt es bei § 64 aber allein an. Sein Schutzzweck besteht nicht um des Gemeinschuldners willen, sondern um die Allgemeinheit der Konkursgläubiger zu schützen[45]).

Somit ist die entsprechende Anwendbarkeit des § 64 auf den vorliegenden Fall gerechtfertigt und zwar sowohl bei Zugrundelegung der Tatbestandsauslegung der Gutachter wie der des ehemaligen Obersten Gerichtshofes des Saargebietes. Als Ergebnis der bisherigen Erörterungen ist ferner festzustellen, daß eine Ausweitung des Grundsatzes der Ausfallshaftung auf wirtschaftlich dem Regelfall des § 64 entsprechende Tatbestände grundsätzlich zulässig ist, sofern nur die Verwertung des Vorzugsrechtes durch einen Konkursgläubiger eine wenn auch nur wirtschaftliche Minderung der Konkursmasse auf Kosten der übrigen Konkursgläubiger zur Folge hat. Der Schutzzweck des § 64 verlangt in diesen Fällen eine entsprechende Anwendung, wie wenn der Gegenstand der Sonderhaftung zur Konkursmasse gehörte.

§ 17.

Anhang.

Der oben betrachtete Tatbestand des ehemaligen Saarländischen Gerichtshofs hat, wirtschaftlich gesehen, Ähnlichkeit mit dem Fall, daß der nachmalige Gemeinschuldner B eine erste, dessen Gläubiger A eine zweite Hypothek an einem Grundstück des C haben, und daß nunmehr zwischen diesen beiden Rechten eine Rangänderung (§ 880 BGB.) zu Gunsten des A vorgenommen wird. Die dem A verschaffte Rangbesserung würde ihm zwar auch hier kein Absonderungsrecht an der Konkursmasse verleihen, sondern lediglich ein besseres Befriedigungsrecht an einem Grundstück eines Dritten. Wenn aber die (nunmehr zweite) Hypothek des B bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstückes des C ausfallen würde, wäre die Konkursmasse durch die Pfandverwertung auf Kosten der übrigen Konkursgläubiger zu Gunsten des einzelnen Gläubigers A vermindert worden.

Die Rangabtretung stellt sich dar als ein Verzicht der zurücktretenden Berechtigten auf seine bevorzugte Stellung zu Gunsten des

45) Jaeger, § 64 Anm. 10.

Vortretenden [46]). Die Befriedigung aus der Hypothek mit dem besseren Rang durch A ist durch diesen Verzicht erkauft und erst ermöglicht worden. Sie ist also auf Kosten der nunmehr wirtschaftlich entwerteten Masse erfolgt. Beides (Entwertung auf der einen Seite und bessere Verwertung auf der anderen) ist zueinander kausal. Entsprechend dem Schutzzweck des § 64 ist darum auch hier eine entsprechende Anwendung des Grundsatzes der Ausfallshaftung gerechtfertigt. A könnte hier nicht den vollen Betrag seiner ursprünglichen Forderung im Konkurs des B anmelden, sondern nur den Ausfall, den er bei der Verwertung seiner (nunmehr ersten) Hypothek erzielen würde.

Ebenso ist die Rechtslage im Falle der Forderungsauswechslung nach § 1180 BGB., wenn z. B. ein neuer Gläubiger A in eine Hypothek an einem massefremden Grundstück des C einrückt, die der nachmalige Gemeinschuldner B aufgegeben hat und somit an die Stelle der zugrundeliegenden persönlichen Forderung des B gegen C die des A gegen B tritt. Auch hier kann m. E. dieser neue Hypothekengläubiger A hinsichtlich seiner persönlichen Forderung gegen den Gemeinschuldner nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung finden, mit dem er bei der Befriedigung aus der Hypothek ausgefallen ist, und zwar selbst dann, wenn die Hypothek an einem massefremden Grundstück besteht. Mag man diesen Vorgang, materiell-rechtlich betrachtet, als Neubegründung einer Hypothek durch den Eigentümer in der Person des andern Gläubigers bei gleichzeitigem Verzicht des bisherigen Gläubigers auf seine hypothekarische Sicherung ansehen [47]) oder annehmen, daß in Wirklichkeit nichts anderes vorliegt als eine Übertragung der Hypothek ohne die Forderung (wodurch freilich das Prinzip des § 1153 Abs. II BGB. durchbrochen würde) [48]), beidemale liegt er — schon rein äußerlich gesehen — genau so wie der vom Saarländischen Gerichtshof entschiedene Fall, wenn wir die Tatbestandsauslegung der Gutachter zugrundelegen. Dort Verzicht auf das Pfandrecht und Neubegründung eines solchen an den Aktien, hier Verzicht auf die hypothekarische Sicherung bezw. deren Übertragung auf einen anderen Gläubiger durch den Grundstückseigentümer. Beidemale wird aber auch eine bessere Verwertung des Vorzugsrechts auf Kosten der Konkursmasse erkauft, in beiden Fällen wird die Konkursmasse unmittelbar durch die Befriedigung aus dem Vorzugsrecht mit einer ipso iure entstehenden Forderung auf Kosten der Allgemeinheit der Konkursgläubiger im Werte vermindert. Bei dem Fall des Obersten Gerichtshofes ergab sich diese Minderung der Masse aus § 1247 BGB., hier folgt sie aus § 1143 Abs. 1 BGB. Danach geht, wenn der Eigentümer nicht

---

46) Staudinger, § 880 Anm. II.

47) RGRKomm. § 1180 Anm. 1 und anscheinend Jaeger, I. Gutachten S. 4.

48) Staudinger, § 1180 Anm. 4b.

der persönliche Schuldner ist, soweit er den Gläubiger befriedigt, die persönliche Forderung auf ihn über. Durch die Forderungsauswechslung tritt eine Verschiedenheit in der Person des dinglichen und persönlichen Schuldners ein, während bisher C dinglicher und persönlicher Schuldner war, wird jetzt der Hypothek am Grundstück des C die persönliche Forderung des A zugrundegelegt. Ob diese Bestimmung des § 1143 BGB. auch für die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1181 BGB.) gilt, ist allerdings streitig. Das Gesetz selbst schweigt. Mit der herrschenden Meinung[49]) wird jedoch eine entsprechende Anwendung des § 143 BGB. zu rechtfertigen sein, da die Befriedigung aus dem Grundstück auch eine solche aus dem Vermögen des Eigentümers ist und somit im Grunde genommen auch eine Befriedigung durch den Eigentümer darstellt.

Im Augenblick der Befriedigung aus der Hypothek geht also die persönliche Forderung des bisherigen Gläubigers A auf den Eigentümer über und die Konkursmasse wird, wirtschaftlich gesehen, mit ihr belastet und somit auf Kosten der übrigen Konkursgläubiger in ihrem Werte gemindert. Eine entsprechende Anwendung des Grundsatzes der Ausfallshaftung ist somit gerechtfertigt[50]).

§ 18.

Rechtspolitische Erwägungen.

Die bisherigen Untersuchungen wollten dogmatisch sein. Ihr Ziel war, für eine Frage des geltenden Rechtes eine dogmatisch zu rechtfertigende Lösung zu geben. Wir kamen dabei zu dem Ergebnis, daß überall dort, wo die Verwertung des dem einzelnen Konkursgläubiger eingeräumten Vorzugsrechts sich auf Kosten der Konkursmasse abspielt, grundsätzlich eine entsprechende Anwendung des Grundsatzes der Ausfallshaftung zuzulassen ist, auch wenn der Gegenstand, an dem das Vorzugsrecht begründet ist, mit seinem Eigentum nicht zur Konkursmasse gehört.

Dieses Ergebnis ist auch unter Berücksichtigung unserer heutigen im Umbruch befindlichen Rechtsauffassung zu billigen. Wir haben in den Jahren seit Schaffung der Konkursordnung und namentlich seit 1933 eine Wandlung unserer Rechtsvorstellungen durchgemacht.

---

49) Staudinger, § 1181 Anm. III, d β; Planck, § 1181 Anm. 2c; OLG. München, Bay. Z. 19/293; Wolff § 140, Anm. II; a. M.: Mittelstein, Hypothekenrecht § 101 Anm. 1.

50) Im Ergebnis so auch Jaeger, Gutachten S. 4./5, der allerdings seine Begründung auf der von ihm vortretenen m. E. nicht richtigen Auffassung von dem Grundgedanken des § 64 (Erwerb des Vorzugsrechtes auf Kosten der Konkursgläubiger) aufbaut.

Auch in das Rechtsleben ist die Erkenntnis von der notwendigen Unterordnung des Ich unter das Wir, der Gedanke von der Schicksalsverbundenheit zwischen Gläubiger und Schuldner und von der Notwendigkeit, die aus ihr entspringenden Krisen gemeinsam zu tragen, eingedrungen. Die Volksgemeinschaft, die durch den Staat dem Einzelnen seine Rechte gewährleistet und schützt, kann und muß fordern, daß letzterer von seinem Recht ohne Rücksicht auf die Allgemeinheit keinen Gebrauch macht. Diese inhaltliche Ausrichtung eines Rechts nach den Erfordernissen des Gemeinschaftsgedankens wird nach unserem heutigen Rechtsempfinden einen verschiedenen Umfang annehmen müssen, je nach dem Maß der Bedeutung des Rechts und des Rechtsobjekts für die Gemeinschaft. So wird z. B. das Eigentum an Grund und Boden stärker mit Pflichten durchsetzt sein, als das an einer beweglichen Sache[51]). Die bisherigen neueren Gesetze (Reichserbhofgesetz, Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte, Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung der Zwangsvollstreckungsmöglichkeiten vom 13. 12. 1934, (RGBl. 1234)) sind ein deutlicher Beweis für die in dieser Richtung laufende Rechtsentwicklung. Der Umfang ihrer weiteren Ausgestaltung ist noch nicht abzusehen. Jedenfalls muß aber die durch die Herrschaft des Gemeinschaftsgedankens notwendig gewordene Wandlung — wenn wir zeitgemäßes und volksnahes Recht finden wollen — schon jetzt über die einzelnen neueren Gesetze hinaus auch bei Auslegung der alten zum Teil dem heutigen Volksempfinden nicht mehr entsprechenden Vorschriften beachtet werden und Richtschnur sein.

Auf das Gebiet des Konkursrechts übertragen, bedeutet das, daß ein Konkursgläubiger mit stärkerer Rechtsstellung (insbesondere also ein durch ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache gesicherter und noch mehr ein durch eine Hypothek gedeckter Konkursgläubiger) aus dem Gedanken der Schicksalsgemeinschaft zwischen Gläubiger und Gemeinschuldner heraus sich dieser gegenüber auch stärker verpflichtet fühlen muß, als ein Konkursgläubiger mit weniger stark ausgeprägten Rechten.

Wenn der Konkursgläubiger zugleich Pfandgläubiger ist und somit auch außerhalb des Konkursverfahrens Befriedigung finden kann, so ist es aus der Rücksichtnahme vor den anderen Gläubigern heraus nicht mehr als billig, ihm hinsichtlich der persönlichen Forderung nur den Ausfall zuzusprechen, sofern die Befriedigung aus dem Pfande auf Kosten der Masse und damit der übrigen Konkursgläubiger erfolgt ist. Für unser heutiges Rechtsempfinden ist es dabei belanglos, ob der betreffende Massegegenstand, an dem das Vorzugsrecht besteht, nun zufällig auch formalrechtlich zur Konkursmasse gehört. Entscheidend ist allein auch aus der Erkenntnis des nationalsozialistischen Gedankengutes heraus, ob eine Schädi-

51) Deutsches Recht (Siebert) 1934, S. 304 unten.

gung der übrigen Konkursgenossen durch einen Konkursgläubiger zu seinen Gunsten erfolgt und darum nunmehr eine billige Rücksichtnahme für ihn geboten ist. Aus der sich daraus ergebenden Notwendigkeit der Rechtsfortbildung verlangt darum § 64, der im Kern bereits die Idee der Schicksalsgemeinschaft der Konkursgläubiger berücksichtigen will, und nur mit formalrechtlichen Begriffen einer überwundenen Zeit überdeckt ist, grundsätzlich eine möglichst weitgehende Auslegung.

De lege ferenda mag noch aus dem Versuch heraus, für die Grenzfälle allgemein eine möglichst volksnahe Lösung zu finden und ferner aus der Erkenntnis der Schwierigkeiten, die gerade auch bei § 64 formalrechtliche Bedenken bieten, folgendes gesagt sein:

Unser heutiges Rechtsempfinden verlangt, wie bereits angedeutet, daß ebenso wie bei der Einzelvollstreckung auch im Konkursverfahren Gläubiger- und Schuldnerrechte hinter der Rücksicht auf die Volksgemeinschaft zurücktreten müssen. M. a. W.: auch der Konkurs muß Gläubiger- und Schuldnerschutz miteinander verbinden und mehr als früher unterscheiden zwischen dem böswilligen und dem gutwilligen Schuldner, zwischen dem ehrlich kämpfenden und dem sein Recht hartherzig mißbrauchenden Gläubiger.

Einen Konkursgläubiger, der noch anderweitig — etwa durch mehrere Absonderungsrechte oder gar durch Aussonderungsrechte — gedeckt ist oder der die Forderung gegen den Gemeinschuldner in nicht ganz einwandfreier, wenn auch nicht gerade anfechtbarer Weise erlangt hat, trifft ein Ausfall, vom Standpunkt der Allgemeinheit aus gesehen, nicht so hart wie einen andern, der nur auf ein einziges Vorzugsrecht angewiesen ist. Umgekehrt braucht für eine große Konkursmasse eine großzügige Berücksichtigung aller Vorzugsrechte und der zugrundeliegenden Forderungen für den Gemeinschuldner längst nicht die Folgen haben, wie bei einer kleineren Masse. Eine Brücksichtigung derartiger, dem einzelnen Tatbestand gerecht werdender Momente wäre bei der Auslegung aber nur möglich, wenn das Konkursgericht in die Lage versetzt würde, im Rahmen des Einzelfalles die Bestimmungen — auch die des § 64 — bald eng- bald weitherzig auszulegen. Ein solches Bedürfnis nach einer auf die Gesamtumstände des einzelnen Falles abstellenden Auslegung trat bei den oben betrachteten Tatbeständen klar hervor. Die geltende Konkursordnung vermißt aber bis jetzt die starke Hand des Richters, der nach Anhörung der Parteien das Verfahren seiner Eigenart entsprechend autoritär leitet. Auch für das Konkursverfahren läge es m. E. darum gar nicht so fern, wenn der sozialethische Gedanke, von dem heute jede Gesetzesbestimmung beherrscht sein muß, irgendwie im Gesetze als clausula generalis zum Ausdruck käme, um dort, wo Einzelvorschriften versagen, oder zum mindesten Schwierigkeiten bereiten, (etwa in den oben betrachteten Fällen) zu verhindern, daß im Einzelfalle die Durchführung des Gesetzes zu Ergebnissen führt, die mit unseren

heutigen Anschauungen unvereinbar sind[52]). Dieser Gedanke hat auf prozeßrechtlichem Gebiete ähnliche Bedeutung, wie etwa die §§ 826, 242, 226 BGB. im materiellen Recht.

Auf dem Gebiete der Einzelvollstreckung ist durch das Gesetz vom 13. 12. 1934 (RGBl. Teil I S. 1234) insoweit bereits ein wichtiger erster Schritt getan. In der KO. fehlt leider bisher eine solche Generalklausel, die individuelle und damit eigentlich erst volksnah werdende Entscheidungen in Zweifelsfällen ermöglichen würde.

52) Es ist des öfteren (Hedemann, die Flucht in die Generalklauseln, Lange JW. 1933/2858; derselbe: vom alten zum neuen Schuldrecht, bes. S. 42 ff., 46, 47) darauf hingewiesen worden, welche Bedeutung Generalklauseln bei verständiger Wertung durch die Rechtsprechung haben können.

III. Kapitel.

§ 19.

DAS VERFAHREN ZUR GELTENDMACHUNG DER AUSFALLSFORDERUNG.

Voraussetzung für die konkursmäßige Befriedigung eines durch ein Absonderungsrecht gedeckten Konkursgläubigers, der nicht auf die Sonderdeckung verzichtet hat, ist das Feststehen des wirklich erlittenen Ausfalls. Streng genommen dürfte überhaupt schon von vornherein der Konkursgläubiger nur dann am Konkursverfahren teilnehmen, wenn der Ausfall bereits zu Anfang des Verfahrens feststeht. Weil darin aber eine nicht gerechtfertigte Härte gegen den Absonderungsberechtigten liegen würde, der nicht ungünstiger gestellt werden darf als andere Konkursgläubiger mit unbestimmten oder bedingten Forderungen, gibt die KO. dem Absonderungsberechtigten das Recht, behufs demnächstiger endgültiger Teilnahme vorerst schon den vollen Betrag seiner Forderung zur Prüfung und Feststellung zu bringen. „Zur Konkursmasse", d. h. im Konkursverfahren „geltend machen" darf — wie § 64 deutlich zu erkennen gibt — auch der absonderungsberechtigte Konkursgläubiger seine volle Forderung. Er braucht also noch nicht zur Zeit der Anmeldung seiner Forderung den Ausfall nachzuweisen. Erforderlich ist dies auch noch nicht einmal vor der Feststellung der Forderung. Der Konkursgläubiger darf auch dann noch in voller Höhe seine Forderung anmelden, er muß es jedoch nicht[1]). Das gleiche gilt für die einzelnen Abschlagsverteilungen. Grundlage für die dem Konkursgläubiger hierbei zufließende Dividende ist der spätere vermutliche Ausfall mit dem Vorzugsrecht. Die insoweit berechnete Verteilung wird dem Konkursgläubiger jedoch nicht ausgezahlt, sondern für ihn zurückbehalten (§ 168 Nr. 3), bis er seinen Ausfall nachweist. (§§ 153, 155). Bei der endgültigen Schlußverteilung kann die Forderung des absonderungsberechtigten Konkursgläubigers jedoch nur in Höhe des rechtzeitig d. h. vor Ablauf der Ausschlußfrist (§ 152) nachgewiesenen wirklichen Ausfalls berücksichtigt werden. (§ 153 Abs. 1). Ist auch dann der verpfändete Gegenstand noch nicht verwertet, so steht nicht bloß, wie nach der preuß. KO. (§ 248) dem Faustpfandgläubiger, sondern auch den sonstigen Absonderungsberechtigten kein Anspruch auf Befriedigung zu und die bereits für den Konkursgläubiger zurückbehaltenen

1) So auch übereinstimmend Rechtslehre und Rechtspr.; vgl. u. a. Jaeger § 64 A 12; Mentzel Anm. 4; RGZ. 64/427; 92/191; 86/249.

Anteile werden zur anderweitigen Verteilung frei [2]). Dem Konkursgläubiger muß daher an rascher Pfandverwertung gelegen sein [3]). Diesem Interesse dient § 174 ZVG.

Das gleiche muß naturgemäß gelten für die vergleichsmäßige Befriedigung des durch ein Vorzugsrecht gedeckten Gläubigers. Auch hier genügt darum ein mutmaßlicher Ausfall nicht. Nur wenn dessen Nachweis erbracht ist, kann der Absonderungsberechtigte die Vergleichs- bezw. Zwangsvergleichsdividende von der Ausfallsforderung beanspruchen [4]). Man wird deshalb nicht — wie bereits an anderer Stelle erwähnt worden ist — den Anspruch auf die Konkurs- bezw. Vergleichsquote als aufschiebend bedingte Forderung bezeichnen können. Bedingt ist nicht die Entstehung der Forderung, auch nicht ihre Konkurs- bezw. Vergleichsunterworfenheit, sondern lediglich ihre Konkurs- bezw. vergleichsmäßige Befriedigung [5]).

Um nun den Nachweis des Ausfalls zu führen, genügt nicht etwa eine Glaubhaftmachung oder der Beweis, daß der Wert des Sicherungsgegenstandes eine bestimmte Höhe nicht übersteigt und daß darum schon aller Voraussicht nach vermutlich ein Ausfall eintreten werde. Der Nachweis wird erst dann als erbracht anzusehen sein, wenn der Zugriff auf den Sicherungsgegenstand durchgeführt ist [6]).

Weil das Feststehen des erlittenen Ausfalls also nur Bedeutung hat für die Befriedigung des Konkursgläubigers und nicht schon für die Anmeldung oder Feststellung der Forderung, ist die oft zu hörende „Anmeldung der Konkursforderung in Höhe des Ausfalls" oder „als Ausfallsforderung" somit ebenso irreführend wie der immer wieder zu lesende Tabellenvermerk: „festgestellt in Höhe des Ausfalls". Zu rechtfertigen sind beide nur, wenn sie in Bezug auf die konkursmäßige Befriedigung verstanden werden sollen und damit noch einmal hervorheben, was sich nach dem Gesetz schon von selbst versteht [7]).

---

2) RGZ. 86/249.
3) Jaeger, § 64 Anm. 12.
4) RGZ. 6/66; 78/76; 92/191 und Gruch. 54/1174; Bley § 73 II 3 b.
5) So auch Jaeger, LZ. 1917/524.
6) RGZ. 64/427; 92/191.
7) Jaeger, § 64 Anm. 11; Konk. Treuh. 1933/39.

ANHANG.

Die Entscheidung des ehemaligen Saarländischen Obersten Gerichtshofes in Saarlouis vom 8. Nov. 1932.

Akt.Z.: 3 U. 152/32 (abgekürzt).

C hatte der Beklagten zur Sicherung eines ihm von ihr eingeräumten Kredites 1590 ihm gehörende Aktien verpfändet; wie der Beklagte behauptet, mit der Ermächtigung, die Aktien während des Kreditverhältnisses zum Zwecke der Weiterverpfändung wie eigene zu behandeln. Die Beklagte, die mit der Klägerin in laufender Geschäftsverbindung stand, hat alsdann die Aktien an die Klägerin zur Sicherung für alle dieser daraus erwachsenden Forderungen verpfändet.

Über das Vermögen der Beklagten wurde das gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet, das mit einem Vergleiche endete, worin die Beklagte sich zur Zahlung einer Quote von 37½% verpflichtete.

Die Klägerin hat die ihr verpfändeten Aktien im Einverständnis mit der Beklagten verwertet und 952 600 Franken dafür erlöst. Sie hat von der Beklagten eine Vergleichsquote lediglich für einen Forderungsbetrag von 446 400 Franken, die Differenz zwischen ihrer Gesamtforderung und dem Erlös der Aktien, erhalten.

Sie behauptet, die Vergleichsquote stehe ihr nicht nur von dem Ausfall, sondern von der gesamten Forderung zu, da die Aktien nicht der Beklagten gehört hätten, es sich also um die Verpfändung f r e m d e r Gegenstände gehandelt habe und hat einen Teilbetrag der Forderung mit dem Antrag eingeklagt:

dieBeklagte zur Zahlung von 50 000 Franken nebst 6% Zinsen seit 1. 1. 1931 an sie zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, die Klägerin könne die Vergleichsquote nur für ihre Ausfallsforderung beanspruchen, da § 64 KO. entsprechend anzuwenden sei und weist dabei darauf hin, ihr Pfandrecht an den Aktien sei durch die Verpfändung an die Klägerin nicht ein für allemal erloschen.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. Die Vorderrichter bejahten die entsprechende Anwendbarkeit des § 64 KO. und sahen auch deshalb die Klage als unbegründet an.

Der Berufung mußte der Erfolg versagt bleiben: In Übereinstimmung mit den Vorderrichtern ist der Senat der Auffassung, daß vorliegend § 64 KO. entsprechend anzuwenden ist. Nach dieser Gesetzesbestimmung, die auch im Vergleichsverfahren anwendbar ist, (§ 2 der Vergl.O.) haben Absonderungsberechtigte Kokurs (Vergleichs)-Gläubiger, sofern sie nicht auf abgesonderte Befriedigung verzichten, nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung zu verlangen, mit dem sie bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen sind. Der auf das Absonderungsrecht bezügliche § 4 KO.

spricht von dem Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören. Von einer unmittelbaren Anwendung des § 64 KO. kann deshalb nur die Rede sein, wenn das Sicherungsrecht an einem Gegenstande der Konkursmasse, nicht aber an einem massefremden Gegenstand besteht. — Da die der Klägerin von der Beklagten verpfändeten Aktien Eigentum des C waren, scheidet demnach eine unmittelbare Anwendung des § 64 KO. aus.

Der Senat vermag sich der in dem Gutachten Mentzel vertretenen Auffassung nicht anzuschließen, § 64 KO. sei gegenüber § 3 KO., der die Regel gebe, daß alle persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldner mit ihrer ganzen Forderung an der Konkursmasse anteilsberechtigt seien, eine Ausnahmebestimmung und als solche einer ausdehnenden Anwendung nicht zugänglich. Mit Recht weist Jaeger demgegenüber darauf hin, daß § 3 KO. sich nicht darüber ausspreche, in welchen Grenzen der einzelne Konkursgläubiger Befriedigung aus der Masse zu beanspruchen hat. § 3 KO. bestimmt den Zweck der Konkursmasse, der gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger zu dienen, und legt den Nachdruck darauf, daß Konkursgläubiger (soweit sie kein Aussonderungs- oder Absonderungsrecht haben) wegen ihrer Ansprüche nur anteilige Befriedigung verlangen können. — Aber auch, wenn § 64 KO. eine Ausnahmevorschrift wäre, so muß anerkannt werden, werden, daß die Ausnahme innerhalb ihres Zweckbereiches einer analogen Behandlung unterworfen ist. In der Rechtsprechung steht die entsprechende Anwendbarkeit des § 64 KO. hinsichtlich des Gläubigers fest, dem Sachen oder Rechte zur Sicherung übereignet sind, und der nach Erreichung des Zwecks der Sicherstellung verpflichtet ist, die Zugehörigkeit der Gegenstände zu seinem Vermögen zu lösen und das fiduziarische Eigentum zurückzuübertragen. (Vgl. RG. Bd. 24, S. 45 und im Anschluß daran Bd. 91 S. 15, 280 Bd. 118, S. 209.) In der grundlegenden Entscheidung Bd. 24 S. 47 ist von einer entsprechenden Anwendung die Rede; und in Bd. 91 S. 280 heißt es, der Gläubiger sei als Absonderungsberechtigter zu behandeln. Maßgeblich für die entsprechende Anwendung des § 64 KO. ist dabei, wie Kisch in seinem Gutachten zutreffend sagt, der Gesichtspunkt, daß wirtschaftlich ähnliche Situationen auch rechtlich gleich behandelt werden sollen.

Es kommt also darauf an, den wirtschaftlichen Grundgedanken und Zweck des § 64 KO. klarzustellen und die Berechtigung seiner Anwendung auch auf den vorliegenden Fall zu prüfen. § 64 KO. stellt eine im öffentlichen Interesse getroffene Billigkeitsvorschrift zugunsten der Konkursgläubiger dar. Ein Konkursgläubiger, der eine Vorzugsbefriedigung aus einem Gegenstand der Konkursmasse beanspruchen kann, darf das Pfand und die Masse nicht nebeneinander, sondern nur nacheinander in Anspruch nehmen, und auch nur dergestalt, daß er Befriedigung zuerst aus dem Pfand und lediglich für den Ausfall aus der Konkursmasse suchen kann. (Vgl.

Jaeger, Komm. zur Konkursordnung § 64 Anm. 9). Die Möglichkeit des durch ein Vorzugsrecht gesicherten Gläubigers, sich an das Pfand zu halten, muß demnach auf Kosten der übrigen Konkursgläubiger, der Konkursmasse, gegeben sein. Er ist auf die Konkursquote für die Ausfallsforderung beschränkt aus der Erwägung und dem Grundgedanken heraus, daß ein sonst der Allgemeinheit zugute kommender Vermögenswert einem einzelnen Gläubiger zur Deckung dient, daß also die Ausübung des Befriedigungsrechts die (gegenwärtige) Konkursmasse vermindert. Daß dieser Gedanke dem § 64 KO. zugrunde liegt, folgt aus dem Wortlaut der Bestimmung („Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht") in Verbindung mit § 3 KO. (wonach die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger dient), aus ihrem Inhalte, insbesondere der Erwägung, daß nur ein der Konkursmasse zugute kommender Verzicht auf abgesonderte Befriedigung dem Gläubiger das Recht auf verhältnismäßige Befriedigung für seine Gesamtforderung gewährt (vergl. Jaeger, KO. § 64 Anm. 15), und schließlich aus der Tatsache, daß § 64 KO. (ähnlich dem § 777 CPO.) ein beneficium execussionis zugunsten der Konkursgläubiger bezw. der Konkursmasse aufstellt (vgl. Jaeger, KO. § 64 Anm. 1, 10 „Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung" S. 273 ff.). — Demnach ist die Auffassung zu mißbilligen, der Ausfallsgrundsatz des § 64 KO. sei daraus gerechtfertigt, daß die zur Vorzugsbefriedigung berechtigende Sicherheit auf Kosten der — nachmaligen — Konkursmasse erworben sei. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 64 KO. ist aber überall dort zuzulassen, wo die Verwertung des dem einzelnen Konkursgläubiger eingeräumten Vorzugsrechtes sich auf Kosten der Konkursmasse abspielt, ohne daß der Gegenstand, an dem das Vorzugsrecht begründet ist, (wie im Falle der Sicherungsübereignung) mit seinem Eigentum zur Konkursmasse gehört. Das aber ist vorliegend der Fall: Die Parteien wollten durch die der Herrschaft der Beklagten unterworfenen Werte die Klägerin sicherstellen. Man hätte mit der Wirkung der Schaffung eines (unmittelbaren) Absonderungsrechts im Konkurs der Beklagten die Forderung der Beklagten an C der Klägerin verpfänden können. In Wirklichkeit trat die Beklagte zugunsten der Klägerin zurück, indem sie ihr die Aktien — wie eigene — verpfändete. Die Beklagte blieb im Vollgenuß ihrer Forderung gegen C, und auch weiterhin Pfandgläubigerin, da kein Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß sie auf diese Rechte verzichtet hätte und die Herausgabe des Pfandes an die Klägerin das Erlöschen des Pfandrechts der Beklagten nicht zur Folge hatte (§§ 1255, 1253 BGB.). Sie gab aber zum Zwecke und in den Grenzen der Sicherung der Klägerin für deren Forderungen an sie dieser gegenüber ihr Recht auf etwaige Verwertung der Aktien schuldrechtlich auf; andererseits mußte die Klägerin die Aktien nach ihrer Befriedigung an die Beklagte herausgeben mit der Folge, daß diese wiederum in den Vollgenuß ihrer Rechte an dem

Pfandgegenstand trat (§ 1223 BGB.). Die von den Parteien getroffene Regelung liegt also ähnlich wie im Falle der Sicherungsübereignung. Wenn die Klägerin in einem Konkurse der Beklagten auf Grund der ihr eingeräumten begrenzten Vorzugsstellung die Aktien verwertete und zu Geld machte, so mußte dies, da die Beklagte sich ihrer Rechte an den Aktien wegen ihrer Forderung an C nicht endgültig begeben hatte, auf Kosten der zur Verfügung der Konkursgläubiger stehenden Masse erfolgen.

Am Schlusse dieser Arbeit drängt es mich, Herrn Geheimrat Professor Dr. Jaeger und Herrn Senatspräsidenten beim Reichsgericht a. D. Mentzel für ihr liebenswürdiges Einverständnis mit der Verwertung ihrer Rechtsgutachten durch mich meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.

Zu besonderem Dank bin ich ferner den Herren Rechtsanwälten Dr. Sartorius und Dr. Gaß in Saarbrücken für die Anregung zu dieser Arbeit verpflichtet.